

EL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE ECUADOR Y ESTADOS UNIDOS:

**una aproximación a sus eventuales consecuencias
para la gobernanza de los
recursos hídricos ecuatorianos.**

Diciembre de 2005

JUAN FERNANDO TERÁN

(Universidad Andina
Simón Bolívar-Sede Quito)

con la asistencia de
ALEX ZAPATTA

(Sistema para la Investigación de
la Problemática Agraria del Ecuador)

Índice

- 1-. CONSIDERACIONES TEÓRICO-METODOLOGICAS PRELIMINARES
- 2-. EL LEGADO DEL AJUSTE: UNA GOBERNANZA OLIGARQUICA
 - 2.1-. La lógica del régimen jurídico del agua en vigencia.
 - 2.2-. El ambiente adecuado para la inversión extranjera ya existe
 - 2.2.1-. Las restricciones ecuatorianas al comercio andino de servicios
 - 2.2.2-. Ante el GATS, Ecuador tampoco protegió al agua
 - 2.2.3-. La expresión doméstica de los compromisos ante la OMC
 - 2.3-. Los acuerdos bilaterales de inversión firmados por Ecuador
 - 2.4-. El acuerdo de inversiones con Estados Unidos
- 3-. LO QUE ECUADOR TODAVÍA PODRÍA PERDER
 - 3.1-. Extensión de los derechos a las fases previas al establecimiento de inversiones
 - 3.2-. Inversión
 - 3.3-. Expropiación
 - 3.4-. Requisitos de desempeño
 - 3.5-. Requerimientos, políticas y normas ambientales
 - 3.6-. Medidas disconformes
 - 3.7-. Arbitraje
 - 3.8-. Contratación y compras públicas
- 4-. LOS SENDEROS DE LAS REFORMAS A CORTO PLAZO
 - 4.1-. La “basura legal” que incomoda a la coalición dominante
 - 4.2-. Un nuevo Código Agrario a la luz del proyecto conservador
 - 4.3-. Una gestión ambiental no muy ambientalista
 - 4.4-. Un vacío bastante sensible: los bienes y servicios ecosistémicos
- 5-. ELEMENTOS PARA UNA AGENDA DE ACCIÓN CIUDADANA
 - 5.1-. La exclusión del agua de las disciplinas económicas internacionales
 - 5.2-. La vigilancia a la participación privada en agua y saneamiento
 - 5.3-. Una mayor incidencia en las reformas a la gobernanza ambiental
 - 5.3-. Hacia una gran alianza por la tierra y el agua

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Anexos

- 1-. Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones
- 2-. Detalle de los subdocumentos correspondientes al documento intitulado U.S.- Andean Free Trade Agreement
- 3-. Resumen de los compromisos específicos adquiridos por Ecuador ante el GATS
- 4-. Convenios suscritos por Ecuador para la promoción y protección recíproca de inversiones (en vigencia a enero del 2005)
- 5-. Informes elaborados por el proyecto “Hacia la Seguridad Jurídica” financiado por la USAID para la depuración de cuerpos jurídicos en Ecuador.
- 6-. Ecuador: leyes relacionadas con el sector hídrico vigentes a septiembre 2003
- 7-. Ecuador: síntesis del acoplamiento del régimen jurídico sobre recursos hídricos a la lógica del ajuste
- 8-. La definición de inversión consagrada en el régimen jurídico ecuatoriano
- 9-. Ecuador: cuerpos jurídicos que inciden en los problemas de la gobernanza ambiental
- 10-. Ecuador: problemas jurídicos relacionados con la gestión ambiental
- 11-. Ecuador: cuerpos jurídicos involucrados en distintos conflictos agrarios
- 12-. Los elementos del régimen jurídico ecuatoriano para los recursos hídricos ordenados según temas de gestión

1-. CONSIDERACIONES TEÓRICO-METODOLOGICAS PRELIMINARES

“El mayor escollo con el que hemos tropezado desde el inicio del proceso los Coordinadores del Sector Privado es con la restricción en la entrega de los textos borradores contentivos de la oferta estadounidense y la reserva de la información respecto del avance de las negociaciones, justificada por los negociadores oficiales en el hecho de que la naturaleza de la negociación no permite que se conozca en detalle ni la oferta de Estados Unidos ni la posición oficial, toda vez que por estrategia no siempre se plantea lo que finalmente se pretende obtener de la contraparte, lo que podría generar desinformación en contra del proceso.

Así, por pedido de los negociadores americanos... su oferta se mantendrá como información reservada, razón por la cual únicamente estará disponible a través de los Cuartos de Lectura implementados por el Sector Oficial. Tampoco se permite el acceso a los Informes Oficiales de cada Ronda que presentan los Negociadores de las Mesas Temáticas. Sin embargo existía con el anterior Gobierno, entre el Sector Oficial y el Sector Privado... un Pacto denominado de “NO SORPRESAS”, por el cual todo aquello que negociaba el Sector Oficial, debía ser producto de un consenso previo a través de la Coordinación con las Mesas Temáticas del Sector Privado y con la sociedad civil... Este acuerdo fue ignorado por el nuevo Jefe Negociador Dr. Oswaldo Molestina”.

Myrna Minuche
Coordinadora de la
Mesa sobre Compras Gubernamentales.

A fines del 2005, dado que los representantes ecuatorianos se comprometieron a no develar los detalles de las negociaciones comerciales durante un lapso de diez años, no existía ni siquiera información “no oficialmente oficial” sobre los contenidos concretos de los capítulos y anexos del *Acuerdo de Liberalización Comercial entre Ecuador y Estados Unidos (ALCEUSA)*. Por ello, para poder inferir las características e implicaciones del acuerdo final, se construyó una estrategia de investigación basada en la delimitación de ciertos supuestos razonablemente admisibles y en la utilización de algunos referentes de política previamente verificados.

De manera más específica, se asumió que, como mínimo, las normativas del ALCEUSA reproducirían los compromisos adquiridos por Ecuador en la Organización Mundial del Comercio (OMC), en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) y en el *Acuerdo Bilateral para la Protección y Promoción de Inversiones entre Ecuador y Estados Unidos (ABIEUSA)*; y, como máximo, las normativas del ALCEUSA contemplarían las concesiones otorgadas por Estados Unidos en el Acuerdo de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos (CAFTA).

A partir de estas asunciones, los contenidos del CAFTA, los compromisos ecuatorianos ante la OMC y el GATS y las disposiciones del ABIEUSA fueron considerados como los parámetros de referencia para discriminar: las normativas que necesariamente deberán estar incluidas en el texto final de los anexos del ALCEUSA; las transformaciones en los cuerpos

jurídicos ecuatorianos que deberán ser efectuadas para armonizar la legislación doméstica con las disposiciones del ALCEUSA; y, las eventuales modificaciones institucionales que podrían demandar los compromisos adquiridos en el ALCEUSA.

Para la investigación, en un primer momento, se utilizaron: los textos oficiales del CAFTA; la evaluación de las políticas comerciales ecuatorianas publicada por la Secretaría de la OMC en julio del 2005; el informe sobre las políticas de inversión ecuatorianas publicado por la UNCTAD en el 2001; el tratado para la protección y promoción de inversiones entre Estados Unidos y Ecuador;¹ y, las descripciones de las rondas de negociación publicadas por las instituciones ecuatorianas. Para comprobar las interpretaciones efectuadas tomando como referencia a estos documentos, posteriormente, se recurrió a la *Propuesta de Texto para el Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y los Países Andinos*, un documento confidencial redactado por la oficina del Representante Comercial de Estados Unidos (USTR) en mayo del 2004.²

Por otra parte, la investigación fue elaborada tomando como referente teórico a la noción de “gobernanza”, operación ésta que requiere algunas acotaciones. Al interior de las organizaciones contestatarias latinoamericanas, debido a las disputas comerciales generadas en el contexto del Acuerdo de Libre Comercio de Norte América (NAFTA), se tiende a suponer que los acuerdos de libre comercio afectan principalmente a los recursos hídricos porque propician la exportación de “agua cruda” en grandes cantidades y la participación de empresas extranjeras en la provisión de servicios públicos. Aunque ambas posibilidades son reales, si el debate ciudadano o el análisis académico se concentran en estos dos aspectos de la liberalización comercial, se podría asumir erróneamente que los instrumentos del régimen económico internacional no tienen una relación contundente con la situación actual y potencial de los recursos hídricos de nuestros países. Este posible error interpretativo está alimentado por una circunstancia formal: en los acuerdos bilaterales firmados por Estados Unidos no suele mencionarse, ni una sola vez, la palabra “agua” o la frase “recursos hídricos”. Siendo así, la pregunta es: ¿cómo poder apreciar si tales acuerdos inciden en la cantidad, calidad, uso y gestión de los recursos hídricos?. Para estructurar una

¹ Para el texto del Acuerdo de Inversiones entre Ecuador y Estados Unidos, véase el Anexo No. 1.

² Dado que este documento se “filtró” informalmente hacia la opinión pública ecuatoriana, no se puede asegurar con absoluta certeza que el USTR sea su autor. Sin embargo, al comparar este documento con los textos definitivos de acuerdos firmados por Estados Unidos, se observa que sus contenidos coinciden abrumadoramente con los documentos oficialmente liberados al público. De manera más específica, el documento filtrado reproduce casi todos los aspectos contenidos en el CAFTA y en el borrador del ALCA de fines del 2003. En éste último caso, las coincidencias abarcan incluso la solicitud efectuada por los autores de que no se incluyan ciertos “pies de página” en el texto final de los acuerdos bilaterales con los países andinos.

Para detalles sobre los nombres de los funcionarios estadounidenses posiblemente implicados en la redacción del borrador del US-Andean Free Trade Agreement, véase el Anexo No. 2

respuesta teórica y políticamente adecuada, se requiere evidenciar las relaciones entre el comercio y el ambiente por intermediación de las transformaciones en la gobernanza.

A diferencia de los discursos elaborados por la “comunidad internacional del agua”, una lectura crítica de los acuerdos de libre comercio no puede basarse en la distinción entre “gobernanza externa” y “gobernanza interna” del agua. Utilizando esta diferenciación, las instituciones multilaterales logran convertir a “la gobernanza” en un neologismo para “la gestión integral”, conversión ésta que facilita a su vez invisibilizar aquellas conexiones causales que comienzan con las transformaciones operadas en las instituciones económicas a consecuencia de un acuerdo comercial y que culminan con la afectación de los usos sociales de los recursos hídricos. Dicho en otra forma, se requiere abandonar la tendencia a pensar que un tratado de libre comercio representa solo un “contexto” para la gestión doméstica de los recursos hídricos.

Si la gobernanza del agua es concebida como la expresión de la transnacionalización de las relaciones entre sector público, sector privado y sociedad civil, se podrá apreciar que un acuerdo de comercio influye en los usos sociales del agua conforme crea nuevas normas e instituciones para regular la inversión pública y privada, los derechos de los agentes públicos y privados, las asignaciones intersectoriales de recursos hídricos o las experiencias de escasez de recursos. Consecuentemente, en un análisis crítico del ALCEUSA, se deben considerar las normativas “no ambientales” pues éstas suelen determinar sustancialmente aquello que podrá o no podrá hacerse con los recursos hídricos domésticos. Para acotar el ámbito de estudio, por tanto, se operacionalizó la noción de gobernanza con referencia a una pregunta básica, a saber, ¿cómo el ALCEUSA establecerá normativas que favorecen u obstruyen las capacidades de los gobiernos nacionales, provinciales y municipales ecuatorianos para formular políticas, programas, proyectos u otras intervenciones relacionadas con la asignación del agua en sus diferentes usos alternativos?.

Ahora bien, una vez decantadas las posiciones teórico-metodológicas utilizadas en esta investigación, en los acápites subsiguientes, la exposición estará organizada de la siguiente manera. En “el legado del ajuste”, se presentarán algunos antecedentes necesarios para poder apreciar los parámetros a partir de los cuales Ecuador delimitó sus posiciones en las negociaciones comerciales con Estados Unidos. Mediante la revisión de los compromisos adquiridos ante el GATS, la OMC y la Comunidad Andina (CAN), así como mediante el análisis de los acuerdos bilaterales de inversión, se buscará destacar que Ecuador no tenía márgenes de acción suficientes para establecer restricciones comerciales favorables para el bienestar de sus ecosistemas y ciudadanos.

En la sección inmediatamente posterior, se sistematizará todo aquello aún le falta por ceder a Ecuador para expropiarse a sí mismo de capacidades para establecer intervenciones y políticas públicas adecuadas para alcanzar una gobernanza socialmente responsable, ambientalmente sustentable y económicamente eficiente. Al respecto, se destacará que, sea en el contexto del ALCEUSA o del GATS, Ecuador podría admitir disposiciones mucho más explícitas para: considerar a “las expectativas de obtener ganancias o utilidades” como inversión; definir la expropiación indirecta con referencia a “una serie de actos” regulatorios; convertir a las huelgas, paralizaciones u otros eventos políticos domésticos en causales de compensación; obligar a la compatibilidad cualquier medida ambiental con las

regulaciones sobre inversión; crear sanciones comerciales argumentando la “no aplicación efectiva” de la legislación ambiental doméstica; obligar a las empresas públicas, mixtas o comunitarias a operar en términos comerciales; o ampliar los derechos de los inversionistas a las fases previas a la realización efectiva de una inversión.

Luego, en la sección intitulada “Los senderos de la reforma jurídico-institucional”, se abordará el tema de la armonización de las normativas ecuatorianas con las disposiciones del ALCEUSA. A tal efecto, se tomará como referencia a los resultados del Proyecto “Hacia la Seguridad”, una iniciativa financiada por la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) cuyo propósito fue limpiar la “basura legal” potencialmente contraria a los requerimientos del nuevo experimento liberalizador. Mediante el análisis las recomendaciones efectuadas por ese proyecto, se buscará detectar algunos ámbitos de conflictividad jurídica que podrían constituirse en los centros para la articulación de una estrategia colectiva de defensa del derecho al agua.

Por último, tomando como fuente de inspiración a las propuestas emanadas del Foro de los Recursos Hídricos, se propondrá una agenda de acción ciudadana dirigida a resucitar a la cuestión de la tierra en la esfera pública ecuatoriana, establecer vínculos indisociables entre las demandas de acceso al agua y a la tierra, vigilar la participación privada en los servicios de agua y saneamiento, cuestionar las represas como expresión del poder agroexportador y convertir a la defensa del páramo en motivo de movilización social.

2.- EL LEGADO DEL AJUSTE: UNA GOBERNANZA OLIGARQUICA

Necesariamente, en los anexos al ALCEUSA, Ecuador establecerá sus medidas disconformes tomando como referencia a: las disposiciones contempladas en los cuerpos jurídicos domésticos; las concesiones efectuadas ante la OMC y bajo el GATS; los compromisos adquiridos ante la CAN; y, las obligaciones aceptadas en los acuerdos bilaterales de inversión. En el caso ecuatoriano, estas cuatro fuentes positivas de derecho exhiben bastante coherencia entre sí porque fueron conformadas bajo el acicate de una misma filosofía de política pública. Desde mediados de los ochenta, y si bien las reformas neoliberales no fueron aplicadas con la misma intensidad y extensión en todos los sectores económicos, la transformación de las normativas e instituciones ambientales ecuatorianas procedió en concordancia con los objetivos inherentes a las diversas generaciones de ajuste estructural.³ Por ello, se establecieron y afianzaron regímenes jurídicos y prácticas administrativas que, aunque mantengan la ficción de la propiedad pública de los comunes ambientales, permiten la apropiación privada de los recursos naturales. Veamos.

³ Para una síntesis de la evolución de las normativas hídricas con referencia a los diversos momentos del ajuste estructural, véase Anexo No. 7

2.1-. La lógica del régimen jurídico del agua en vigencia

Para fines analíticos, los actuales cuerpos jurídicos ecuatorianos podrían ser diferenciados en “tres niveles”, a saber, el dominio sobre los recursos hídricos, los derechos de uso y aprovechamiento de las aguas y la prestación de los servicios emanada del aprovechamiento del agua.

De manera formal, el derecho de los ciudadanos al agua parecería estar suficientemente consagrado en la normativa ecuatoriana. El artículo 247 de la Constitución de la República, los artículos 2, 3 y 4 de la Ley de Aguas y el artículo 42 de la Ley de Desarrollo Agrario definen a los recursos hídricos como bienes nacionales de uso público. No obstante, esta consagración doctrinaria suele entrar en contradicción con las leyes, reglamentos y prácticas estructuradas en función de garantizar el beneficio privado de los recursos hídricos. En los últimos años, esta contradicción se ha expresado a través de las disputas en torno a las sutiles modificaciones introducidas a las normas vigentes por la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional. Un ejemplo es ilustrativo al respecto.

Originalmente, el Artículo 5 de la Ley de Aguas definía por “derecho de aprovechamiento” a la autorización administrativa e intransferible para el uso de las aguas. En el 2004, en virtud de una codificación publicada en el Registro Oficial No. 339 del 20 de mayo, aquel artículo adquirió la siguiente formulación: “Por derecho de aprovechamiento se entenderá la autorización administrativa, intransferible, para el uso de las aguas con los requisitos prescritos en esta Ley; salvo el caso de transferencia de dominio, con la sola presentación del título de propiedad del predio por parte de adquirente, el CNRH traspasará automáticamente la concesión del derecho de uso del agua en forma total o proporcional a la superficie vendida al nuevo titular (...) Las aguas destinadas a un inmueble o industria, podrán ser usadas por el mero tenedor de éstas, en las mismas condiciones y con las limitaciones que tuvo el titular del derecho de aprovechamiento (...) Se respeta el derecho adquirido de las actuales concesiones legalmente otorgadas, las mismas que están sujetas a los derechos y condiciones establecidas en la presente Ley y sus Reglamentos”.

Mediante estas formulaciones, las elites empresariales ecuatorianas lograron acomodar la Ley de Aguas a las disposiciones de la Ley de Desarrollo Agrario de 1994, un instrumento jurídico cuyos propósitos son, por un lado, facilitar la transferencia automática de los derechos de agua y, por el otro, crear soportes para el concepto de seguridad jurídica sobre los derechos de agua.⁴ En enero del 2005, con el apoyo del Foro Nacional de los Recursos Hídricos, las organizaciones ecuatorianas de usuarios urbanos y rurales demandaron la inconstitucionalidad de la codificación, argumentando que la comisión legislativa había reformado la ley e introducido figuras inexistentes como aquella relacionada con “los

⁴ De esta manera, los agentes económicos oligopólicos pudieron consolidar jurídicamente la inequidad del sistema de distribución de aguas por el acaparamiento de facto de tierras pues “entre el 50 y 60% de los caudales disponibles estaban controlados por el 1-4% del número de los beneficiarios, grupo éste compuesto básicamente por grandes hacendados” (Terán, 2005)

derechos adquiridos”. En respuesta a la reacción ciudadana, el Consejo Consultivo de Aguas resolvió aclarar lo dispuesto previamente y emitió una nueva disposición según la cual los derechos de aprovechamiento de aguas perdurarán mientras dure “la vida económicamente útil de la empresa”. Empero, esta nueva resolución amplificó aún más la controversias pues mantenía el mismo espíritu de la disposición anterior, a saber, garantizar las concesiones de agua por tiempo indefinido.

¿Qué evidencia este caso? En Ecuador, una vez que la reforma agraria fue clausurada formalmente, el conflicto redistributivo ha tendido a estructurarse bajo la forma de disputas por las concesiones de agua entre los grandes y los pequeños productores agrícolas. En este contexto, las organizaciones multilaterales, las agencias de cooperación internacional y las organizaciones no gubernamentales transnacionales han patrocinado y financiado proyectos de reforma legal e institucional que, para poder efectivizarse bajo circunstancias de una creciente presencia pública de los movimientos indígenas y campesinos, recurrieron a “jugadas legales” poco respetuosas de los procedimientos jurídicos existentes.

Ahora bien, con respecto a la prestación de los servicios que se desprenden del aprovechamiento del agua, desde principios de los noventa, el cambio de las normativas relacionadas con el sector hídrico ecuatoriano ha sido firme y sostenido. Seguidamente, se presentarán los momentos más destacados de esta evolución.

En 1993, se promulgó la *Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada*, creándose así a la entidad encargada de la privatización de las empresas y servicios públicos, a saber, el Consejo Nacional de Modernización del Estado (CONAM). Esta ley institucionalizó como política de Estado a la delegación a la empresa privada de la prestación de servicios públicos. Para este efecto, en su artículo 42, aquella establece dos procedimientos: (a). la reestructuración administrativa y reforma financiera de aquellas entidades, e instituciones de derecho público que deban permanecer como parte del Estado, incluyendo la reforma de sus directorios, cambio de su adscripción, nombre y ejercicio de sus competencias; y, (b). la delegación total o parcial, o la transferencia definitiva al sector privado, de la gestión que desarrollan.

Para implementar estos procedimientos, el Artículo 43 establece las siguientes modalidades: aporte total o parcial al capital de sociedades por acciones; arrendamiento mercantil; concesión de uso, de servicio público o de obra pública, licencia, permiso u otras figuras jurídicas reconocidas por el derecho administrativo; venta; transformación, fusión, escisión y liquidación de empresas estatales o mixtas; y, cualquier otra modalidad efectuada mediante decreto ejecutivo y amparada por la ley ecuatoriana.

En 1998, la Asamblea Constituyente le confirió sustento constitucional a la Ley de Modernización. El Artículo 249 de la nueva Constitución señala que: “Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones”

En el 2000, la *Ley para la Inversión y Participación Ciudadana* ("Trole II") complementó el marco legal favorable a la participación privada en la prestación de servicios públicos. Gracias a este cuerpo jurídico, se ratificó la posibilidad de conformar asociaciones público-privadas a nivel subnacional en el sector hídrico. En el 2004, se comenzó a debatir la propuesta de *Ley Orgánica de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento*, un instrumento que permitiría introducir tres sistemas de prestación de servicios, a saber, la prestación directa por intermedio de las "unidades municipales de gestión desconcentrada"; la prestación indirecta mediante concesiones al sector privado; y la prestación comunitaria por intermedio de entidades prestadoras comunitarias.

2.2-. El ambiente adecuado para la inversión extranjera ya existe

Desde principios de los noventa, Ecuador inició un proceso de adaptación anticipada de sus leyes e instituciones en consonancia con las propuestas e intereses del capital transnacional. Por ello, las empresas estadounidenses ya tienen un "clima adecuado" a pesar del fracaso del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), del estancamiento de las negociaciones del ALCA o del atraso en la concreción del GATS. A fines del 2005, el régimen ecuatoriano para inversiones extranjeras estaba definido básicamente a partir de la *Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones (Ley PGI)*, la *Ley de Comercio Exterior e Inversiones (Ley CEI)* y las decisiones 291 y 292 de la CAN.

Jurídicamente, se ha institucionalizado como "prioridad nacional" al fomento del comercio internacional. La Ley CEI define los siguientes lineamientos para la formulación de la política comercial ecuatoriana: (a). asegurar la libertad de exportación e importación; (b). facilitar la gestión de los agentes económicos; (c) impulsar la modernización y la eficiencia de la producción local; (d). prevenir y contrarrestar los efectos negativos para la producción ecuatoriana ocasionados por las prácticas desleales de comercio; (e). promover el crecimiento y diversificación de las exportaciones; (f). fortalecer y desarrollar mecanismos de fomento de exportaciones; (g). beneficiar a las exportaciones nacionales mediante el aprovechamiento de oportunidades para la captación de tecnología y servicios; (h). asegurar que la producción nacional compita internacionalmente en conformidad con prácticas leales y equitativas de comercio; e, (i). promover procesos de integración bilateral, regional y multilateral. Como podrá apreciarse, el sentido fundamental de las políticas comerciales ecuatorianas no toma como referencia, ni siquiera indirectamente, consideraciones relacionadas con la sustentabilidad ambiental y la equidad social.

Con respecto al tratamiento de las inversiones extranjeras,⁵ la Ley PGI concede a los inversionistas extranjeros las mismas facilidades otorgables a las personas naturales o jurídicas ecuatorianas, entre las cuales se encuentra la exoneración de autorizaciones gubernamentales previas al establecimiento de una inversión. Ciertamente, el actual ordenamiento jurídico ecuatoriano mantiene ciertos rasgos de trato discriminatorio a los

⁵ A continuación, los datos presentados provienen del informe de la OMC (2005).

inversionistas extranjeros en unas cuantas actividades económicas consideradas como “estratégicas”, dígame la pesca, la minería y los hidrocarburos. Sin embargo, este tratamiento discriminatorio no tiene un carácter sustantivo: en esencia, se refiere a procedimientos administrativos que no representan mayor obstáculo para el inversionista extranjero. También, el trato discriminatorio está circunscrito a áreas de actividad económica difícilmente interesantes para las empresas transnacionales estadounidenses.⁶

Por sí mismas, las disposiciones legales que establecen ciertas actividades económicas como estratégicas no constituyen un apoyo para garantizar una mejor gobernanza doméstica del agua. En Ecuador, históricamente, las elites gobernantes han definido “lo estratégico” asumiendo una lógica de rentismo económico encaminada a perpetuar el carácter no competitivo de las estructuras de algunos mercados internos. Para ilustrar este sesgo de la formulación de políticas públicas, se podría mencionar que el artículo 15 de la Constitución Ecuatoriana de 1998 establece que, para fines de explotación económica, las personas o empresas extranjeras no podrán adquirir tierras o concesiones en zonas de seguridad nacional”. A un cuando suene rimbombante, este enunciado es intrascendente con referencia a la protección de los recursos naturales pues:

*. El criterio de seguridad nacional no se aplica a los ecosistemas más directamente relacionados con la conservación de la cantidad y calidad de los recursos hídricos. Constitucionalmente, los páramos, los bosques andinos y los manglares costeros no están protegidos de la presencia de inversionistas e inversiones extranjeras.

*. Se han otorgado concesiones para actividades privadas al interior de las reservas naturales y áreas protegidas, estableciéndose así precedentes que podrían ser esgrimidos por los inversionistas estadounidenses para reclamar derechos de operación en los ecosistemas generadores de flujos hídricos.

*. La Constitución no contempla explícitamente las nociones de “seguridad ambiental” y/o “seguridad hídrica”. Tampoco considera que la actividad privada sea contraria a objetivos de sustentabilidad pues admite la participación privada en la gobernanza del sistema nacional de áreas protegidas.

*. Dado que el agua es considerada como un recurso natural renovable, se tornan fútiles las alusiones constitucionales a las capacidades regulatorias públicas en áreas donde existen recursos naturales no renovables.

Por otra parte, en lo relativo a la protección de los agentes económicos transnacionales, se observa también que:

*. La Constitución prohíbe cualquier forma de confiscación. Se permite la expropiación de bienes para fines de orden social pero con previa valoración e indemnización justas.

⁶ Por ejemplo, la pesca artesanal solo puede ser realizada por personas ecuatorianas.

*. la Ley PGI y la Decisión 291 les permiten a los inversionistas extranjeros transferir libremente hacia el exterior sus utilidades, recursos por venta de acciones, participaciones o derechos.

*. Los inversionistas extranjeros pueden someterse al “régimen de estabilidad tributaria” y, de esa manera, congelar su impuesto a la renta al monto existente al momento del registro de la inversión.

*. Los inversionistas extranjeros pueden suscribir un "contrato de inversión" con el Estado que les permite: asegurar que sus derechos no serán perjudicados en ninguna forma y serán garantizados incluso mediante convenios internacionales; y, obtener "garantías de estabilidad jurídica específica" que congelan la aplicación de la ley al marco legal vigente al momento de realizar la inversión.⁷

Como podrá inferirse, el marco jurídico ecuatoriano reproduce las definiciones convencionales de los conceptos usualmente incorporados en los acuerdos comerciales estadounidenses. De ahí que la Constitución podría ser interpretada en los sentidos necesarios para apelar a la noción de “expropiación indirecta” y a los procedimientos de reparación apetecidos por las empresas transnacionales. También, obsérvese que las normativas ecuatorianas respaldan a los inversionistas con contratos y garantías especiales otorgados por el Estado “caso por caso”, esto es, según las motivaciones específicas de los gobiernos de turno y las capacidades de presión de los agentes económicos transnacionales.

2.2.1-. Las restricciones ecuatorianas al comercio andino de servicios

Al establecer su inventario de restricciones al comercio de servicio en cumplimiento de la Decisión 510 de la CAN, Ecuador concedió a las inversiones provenientes de los países andinos acceso a mercados y trato nacional en todos los sectores económicos.⁸ El paquete de restricciones no contiene protecciones sustantivas para limitar el otorgamiento de “trato nacional” y “acceso a mercados” a las empresas extranjeras cuyas actividades usan o afectan los recursos hídricos. Al respecto, obsérvese lo siguiente:

*. En las disposiciones horizontales, Ecuador solicitó a las compañías extranjeras domiciliarse en el país si desean ejecutar obras públicas, prestar servicios públicos o explotar recursos naturales.

⁷ Las garantías y contratos especiales son conferidas en función de criterios económicos estáticos y estrechos, dígase aumento de la oferta interna, aumento de la exportación, desarrollo económico en zonas deprimidas, generación de empleo o actividades de "interés nacional". No constituyen, por tanto, mecanismos para premiar o estimular el buen comportamiento ambiental del inversionista extranjero.

⁸ Por tanto, estos beneficios podrán hacerse extensivos a cualquier empresa con capitales estadounidenses, si ésta cumple con todas las formalidades requeridas para domiciliarse en Perú o Colombia.

*. La mayoría de las 74 restricciones sectoriales versan sobre la negación de “trato nacional” a consultores y profesionales extranjeros.

*. En los servicios relacionados con la agricultura, la caza y la silvicultura, Ecuador les exige a las personas o empresas extranjeras: obtener una licencia para la investigación forestal; contar con el auspicio de una institución u organismo nacional; y capacitar a personal nacional.

*. En los servicios relacionados con la pesquería, Ecuador declara que la pesca artesanal es una actividad reservada para pescadores nacionales; prohíbe la entrada de barcos y buques de factoría extranjeros; y permite la contratación de técnicos extranjeros si no existe personal calificado en el país.

*. En los servicios relacionados con la minería, Ecuador les solicita a las empresas extranjeras: domiciliarse en el país para recibir trato nacional y emplear no menos del 80% de personal ecuatoriano; y contratar a un determinado porcentaje de técnicos o profesionales ecuatorianos bajo relación de dependencia.

*. En servicios relacionados con la distribución de energía, Ecuador restringe las actividades de generación, distribución y transmisión de energía a empresas anónimas; y, también, establece que la transmisión será realizada por una sola empresa.

Todas estas restricciones están sustentadas en fundamentos bastante precarios pues no se requieren mayores esfuerzos gubernamentales ni amplios consensos sociales para modificar una decisión ministerial, un reglamento o un artículo de una ley. Por el contrario, como suele ser habitual en Ecuador, este tipo de modificaciones menores pueden ser efectuadas a espaldas de la ciudadanía, en los despachos del ministro de turno y en las sesiones del Congreso. En sus negociaciones con la CAN, Ecuador actuó apegándose a una lógica de política pública que combina armoniosamente la visión ortodoxa del crecimiento económico y la voracidad rentista de los grupos de interés domésticos. Por ello, además de sentar un nefasto precedente para las futuras negociaciones bilaterales y multilaterales, las restricciones ecuatorianas al comercio de servicios demuestran una absoluta despreocupación por el valor económico, político y cultural de los bienes y servicios proporcionados por los ecosistemas.

2.2.2-. Ante el GATS, Ecuador tampoco protegió al agua

Hasta fines del 2005, Ecuador no había expresado su voluntad de participar en ninguno de los acuerdos plurilaterales de la OMC. Tampoco había presentado su oferta para las negociaciones de servicios dentro del programa de Doha. Estas abstenciones y retrasos parecerían insinuar que Ecuador todavía cuenta con márgenes de maniobra para definir las obligaciones que desea asumir sin perder capacidades para estructurar una gobernanza del agua favorable a sus necesidades e intereses nacionales. Sin embargo, cuando se observan

los compromisos ya adquiridos por Ecuador en el GATS, tal apariencia se desvanece. Y ello en razón de que, debido a la incidencia de las normativas no ambientales admitidas por los gobiernos ecuatorianos, no queda mucho por hacer para evitar la transnacionalización de la provisión de agua, saneamiento y riego. Veamos algunos detalles.⁹

En el sector de “servicios relacionados con el medio ambiente”, en los modos de suministro 1, 2 y 3,¹⁰ Ecuador se comprometió a ofrecer “*pleno acceso a mercados*” y “*pleno trato nacional*” en: alcantarillado, eliminación de desperdicios, saneamiento y similares, limpieza de gases de combustión, amortiguamiento de ruidos, protección del paisaje y “otros”. En estos subsectores, en el modo 4 de suministro, Ecuador solo les concede a los extranjeros “parcial acceso a mercados” y “parcial trato nacional”. Por ello, al restringir la presencia de personas físicas extranjeras en la provisión de servicios relacionados con el medio ambiente, Ecuador creó protecciones para sus técnicos y profesionales calificados pero no para el sector hídrico como tal. Consecuentemente, gracias a los compromisos específicos ante el GATS, las empresas estadounidenses ya cuentan con pleno acceso a mercados y pleno trato nacional si su actividad está relacionada con la provisión de servicios en los subsectores antes mencionados.¹¹

En los anexos al ALCEUSA, a Estados Unidos solo le faltaría convencerle a Ecuador de concederles a las empresas estadounidenses la potestad de contratar personal a su antojo y conveniencia. A su vez, los inversionistas y las inversiones estadounidenses podrían obtener otras concesiones relacionadas con aquello que, en su resumen de compromisos específicos bajo el GATS, Ecuador no colocó en la lista, a saber: Servicios de investigación y desarrollo; Servicios inmobiliarios; Servicios postales; Servicios de correos; Servicios audiovisuales; Otros servicios de comunicaciones; Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos; Servicios de comisionistas; Servicios comerciales al por menor; Servicios de franquicia; Servicios de enseñanza; Otros servicios de distribución; Otros servicios financieros; Otros servicios de salud humana; Servicios sociales; Otros servicios sociales y de salud; Servicios de guías de turismo; Otros servicios de turismo y relacionados con los viajes; Servicios de agencias de noticias; Otros servicios de esparcimiento, culturales y deportivos; Servicios de transporte marítimo; Servicios de transporte por vías navegables interiores; Servicios de transporte por el espacio; Servicios de transporte por ferrocarril; Servicios de transporte por tuberías; Otros servicios de transporte; y Otros servicios. Como podrá apreciarse, este paquete de servicios “no colocados en la lista” contiene solo unos cuantos elementos que podrían incidir sustancial,

⁹ Para una visión panorámica de los compromisos del Ecuador ante el GATS, véase Anexo No. 3.

¹⁰ En la jerga del GATS, el modo de suministro 1 corresponde a “suministro transfronterizo”, el modo 2 versa sobre “consumo en el extranjero”; el modo 3 refiere a “presencia comercial” y el modo 4 remite a “presencia de personas físicas”.

¹¹ La concesión de trato nacional a empresas extranjeras de servicios implica que éstas podrían recibir los subsidios que el Estado ecuatoriano conceda a los proveedores domésticos de servicios. Para una explicación de esta posibilidad, véase Benitah (2005: 8)

inmediata y directamente en la situación y gestión de los recursos hídricos ecuatorianos. Pero eso no es todo.

En lo relativo a los sectores en los cuales Ecuador NO estableció ningún compromiso bajo el GATS, se observa que la mayoría de protecciones todavía utilizables por el país refieren al modo de suministro transfronterizo de servicios. Entre los servicios no comprometidos, aquellos relevantes para la gobernanza del agua podrían ser: los servicios de consultores en ciencia y tecnología prestados a las empresas relacionadas con la minería y el petróleo; y los servicios de distribución comerciales al por mayor.

2.2.3.- La expresión doméstica de los compromisos ante la OMC

Durante las últimas dos décadas, la conducción macroeconómica y los comportamientos empresariales ecuatorianos han consolidado patrones de acumulación basados en la explotación intensiva de los recursos naturales. Cual expresión concreta de la esta forma de inserción en los mercados globales, Ecuador adquirió compromisos ante la OMC que aparecerán necesariamente reflejados en los anexos del ALCEUSA. Por ello, a continuación, se resumirán aquellas normativas que inciden o bien en la cantidad y calidad de los recursos hídricos ecuatorianos, o bien en la gobernanza del agua.

*-. Importaciones. Los cuerpos jurídicos ecuatorianos facilitan notoriamente el ingreso de todo tipo bienes extranjeros, usualmente mediante regulaciones que relajan los estándares de carácter tributario, ambiental y comercial. Por ejemplo, las importaciones hacia Ecuador no pagan impuesto al valor agregado en los casos de: (a). algunos productos que perjudican la calidad de los ecosistemas y, por tanto, de las cuencas hídricas, dígase fertilizantes, insecticidas, pesticidas, fungicidas, herbicidas o aceite contra la sigatoca negra; y, (b). algunos bienes que incentivan a una producción intensiva no sustentable, como son tractores, cosechadoras, sembradoras, bombas de fumigación, aspersores y rociadores.

Ciertamente, se mantienen todavía listas de productos prohibidos de importación, argumentándose usualmente razones relacionadas con la protección del medio ambiente y de la salud. Empero, dada la concepción obsoleta de salud pública y de seguridad ambiental implícitamente utilizada, dichas prohibiciones carecen de una visión lo suficientemente ecológica como para proteger los flujos ecosistémicos y la biodiversidad ecuatoriana.¹² Por otra parte, si se cumplen requisitos administrativos, cualquier empresario podría obtener licencias incluso para importar materiales altamente peligrosos. Pero eso no es todo. En Ecuador, las restricciones a la importación de productos no perdurarán por mucho tiempo: el Comexi resolvió proseguir un proceso de eliminación de licencias de importación hasta armonizarlas con las disposiciones de la OMC y del Acuerdo de Cartagena.

¹² Las licencias versan sobre ciertos productos importados, estupefacientes y psicotrópicos, armas y explosivos, vehículos importados, plantas eléctricas y equipos de telecomunicaciones (OMC 2005: 43)

*. Normas y reglamentos técnicos. Dado que Ecuador no ha presentado su notificación sobre la aplicación del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (TBTA) ante la OMC, se entiende que la normalización, metrología, certificación y verificación deberán efectuarse tomando como referencia a normativas tales como: la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor; la Ley de Pesas y Medidas, la Decisión 419 sobre el Sistema Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos y Metrología, la Decisión 506 sobre Reconocimiento y Aceptación de Certificados de Productos que se Comercialicen en la CAN; y la Decisión 562 sobre Directrices para la Elaboración, Adopción y Aplicación de Reglamentos Técnicos en los Países Miembros de la CAN y a Nivel Comunitario (OMC 2005: 51).

Este conjunto de leyes podría ser importante para controlar los abusos en la provisión de servicios de agua potable y saneamiento. Sin embargo, en este aspecto, Ecuador se adelantó también a las eventuales demandas estadounidenses pues: (a). desde el 2003, los reguladores ecuatorianos no adoptan medidas técnicas obligatorias; (b). hasta el año 2006, las medidas obligatorias preexistentes serán convertidas en normas voluntarias; y, (c). las actuales normativas permiten que los importadores presenten un "certificado de conformidad" con una norma extranjera de reconocido prestigio, sin demandarse la verificación de equivalencia de esta norma extranjera a la norma ecuatoriana.

*. Medidas sanitarias. Ecuador no presentó notificación sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias en el marco de la OMC. Tampoco verifica que las importaciones contengan o no organismos genéticamente modificados. Potencialmente, mediante estas omisiones, los gobiernos ecuatorianos han abierto las puertas para que el comercio internacional contribuya a una mayor pérdida de la agrobiodiversidad doméstica que podría afectar a los servicios ecosistémicos de los bosques y de las cuencas. Esta conexión entre las políticas comerciales y sus efectos ambientales, empero, no ha sido siquiera problematizada por los tomadores de decisiones ecuatorianos.

* Exportaciones. En Ecuador, las instituciones públicas ambientales no tienen ninguna incidencia real en la definición de quiénes son los exportadores. Mediante un procedimiento administrativo simple, el Banco Central confiere a cualquier agente económico un registro como "exportador", documento éste con validez indefinida cuya obtención no está expuesta al examen de las consecuencias ambientales de los bienes o servicios exportables. Obviamente, en concordancia con los compromisos ambientales internacionales, las normativas ecuatorianas contienen algunas limitaciones a la actividad exportadora. Por ejemplo, la exportación de madera rolliza está prohibida; empero, con autorización previa del Ministerio de Agricultura, cantidades limitadas de aquella pueden ser exportadas con fines científicos y experimentales. Por otra parte, el Ministerio de Agricultura y el MICIP pueden autorizar la exportación de productos forestales semielaborados cuando se "hallen satisfechas las necesidades internas y los niveles mínimos de industrialización que se requerirán al efecto". También se requiere autorización previa para exportaciones de especímenes de flora y fauna silvestres. (OMC 2005: 58).

*. Tributación. Gracias a la "*Ley de Facilitación de las Exportaciones y del Transporte Acuático*", los exportadores están exentos del pago del impuesto a los consumos especiales y del impuesto al valor agregado. De manera más general, los exportadores se benefician de

diversos regímenes de concesiones fiscales.¹³ En el caso de la maquila, Ecuador puede suspender temporal o definitivamente su operación si producen "sustancias o elementos contaminantes o nocivos para la salud y el medio ambiente". No obstante, el régimen de maquilas permite la importación de desperdicios al territorio aduanero del Ecuador, después del pago de derechos arancelarios y otros impuestos. Nótese que, debido su carácter laxo y tributarista, esta disposición facilita la generación de externalidades ambientales.

*. Promoción de la competencia. La Constitución, la Ley de Comercio Exterior, la Ley de Compañías y otras leyes sectoriales contienen disposiciones para evitar las prácticas restrictivas de la libre competencia. Empero, además de ser demasiado laxas, tales disposiciones no están acompañadas por la existencia de alguna institución especializada en la vigilancia de los monopolios ni, tampoco, por una ley de competencia. Por tanto, no existen las condiciones institucionales y jurídicas adecuadas para evitar la conformación de situaciones oligopólicas en agua, saneamiento y riego.

*. Fijación de precios. Si bien las normativas existentes no le permiten al Estado establecer precios, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor faculta fijar temporalmente los precios de bienes y servicios "en casos especiales de excepción". Estas situaciones excepcionales, empero, no están claramente delimitadas.

*. Compras públicas. Si bien la *Ley de Contratación Pública* no asegura trato nacional a los oferentes extranjeros, el comité de contrataciones de una institución pública está facultado para decidir si abre una licitación a la participación extranjera. Si así sucede, cualquier empresa extranjera puede participar aunque no esté domiciliada en Ecuador. En el caso de los contratos de ejecución financiados con fondos provenientes de otros gobiernos, la normativa ecuatoriana le permite a una empresa foránea participar si ésta adopta como socio a una empresa nacional. Estos u otros requerimientos similares, no representan mayor obstáculo para el inversionista foráneo pues si una empresa extranjera se domicilia en Ecuador, ésta es considerada como empresa nacional para fines de contratación pública.

Por otra parte no existen criterios definidos y claros para la adjudicación de contratos. Únicamente, se menciona que ésta debe realizarse según lo aquello que "más convenga a los intereses nacionales e institucionales". Tampoco, las normativas ecuatorianas son idóneas para obligar a las empresas ganadoras de un concurso a que respeten posteriormente los términos definidos para ese concurso. Actualmente, una vez concluido un proceso de licitación, la institución pública y la empresa entran en un proceso de negociación que deja abierta la posibilidad para que el contrato final contemple menos requisitos de desempeño.

*. Regulación de actividades económicas que consumen ingentes cantidades de agua. En Ecuador, las normas e instituciones no bastan para evitar impactos severos en la calidad y cantidad de los recursos hídricos. En las actividades relacionadas con la minería, la electricidad y el petróleo, las instituciones ambientales tienen un papel regulatorio y

¹³ Para un resumen de las concesiones fiscales a los inversionistas, véase el cuadro III.7 y en la sección 1) iv) del informe de la OMC (2005).

punitivo bastante limitado. Propiamente, la definición de las políticas mineras, energéticas y petroleras suele realizarse desde instituciones como el Ministerio de Energía y Minas, el Consejo Nacional de Electricidad, el Banco Central y el Ministerio de Economía y Finanzas. Estas políticas adquieren objetivos delimitados en función de la provisión de servicios para el desarrollo económico, la promoción de la competitividad y de las inversiones privadas, la protección de los derechos de los consumidores (OMC 2005: 95). Los objetivos de sustentabilidad ambiental están subordinados a estos propósitos. Adicionalmente, la operación de empresas extranjeras extractivas puede ser autorizada si éstas están domiciliadas en Ecuador. Debido al relajamiento de las normativas, a su vez, se aprecian concesiones privadas en áreas de reserva minera y en zonas restringidas.

2.3-. Los acuerdos bilaterales de inversión firmados por Ecuador

Hasta fines del 2005, Ecuador mantenía tratados bilaterales de inversión con Alemania, Argentina, Bolivia, Canadá, China, Chile, Cuba, El Salvador, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Nicaragua, Paraguay, Perú, Rumania, Suiza, Uruguay y Venezuela.¹⁴ A continuación, tomando como referencia aquellos aspectos usualmente involucrados en las experiencias de arbitraje internacional relacionadas con los recursos hídricos, destacaremos algunas similitudes y diferencias de tales tratados.¹⁵

*. Criterios para la interpretación posterior del acuerdo. En el prolegómeno, las partes suelen delimitar sus deseos o aspiraciones con referencia a: la intensificación de la cooperación económica; la creación de condiciones favorables para las inversiones; y el estímulo de la iniciativa privada.

*. Definición de inversión. Se utiliza una definición amplia que protege retroactivamente a casi todas las formas de activos económicos y financieros. En el acuerdo con Bolivia, se especifica que el término inversión designa a los derechos de propiedad intelectual solo “si las legislaciones nacionales lo permiten”. En el acuerdo con Francia, se consideran como inversiones a las concesiones relacionadas con “el cultivo” de riquezas naturales.

*. Tipos de personas cubiertas. En general, Ecuador aplica el término inversionista a personas, empresas, sociedades, compañías, asociaciones, “establecimientos”, fundaciones u “otras organizaciones” extranjeras que: (a). realicen actividades con fines de lucro o sin fines de lucro; (b). tengan su domicilio en el territorio de una de las partes; y (c) sean constituidas conforme a la legislación de una de las partes.

En el acuerdo con Suiza, se consideran como inversionistas a “las colectividades” u “otras comunidades sin personalidad jurídica”. En el acuerdo con Chile, se especifica que el

¹⁴ Para los detalles de estos acuerdos bilaterales de inversión, véase el Anexo No. 4

¹⁵ Las acotaciones a los acuerdos ecuatorianos de inversión fueron elaboradas considerando las circunstancias problemáticas detectadas en los estudios de Cosbey (2004), Mann (2003, 2005 y 2005^a), Public Citizen (2005) y Peterson (2004).

término inversionista se aplicará a quienes realicen *actividades económicas reales*. En el acuerdo con China, no se explicita si el inversionista debe tener efectivamente su sede en ese país ni, tampoco, si debe realizar actividades económicas reales.

*. Duración de los compromisos. En su mayoría, los acuerdos ecuatorianos duran diez años y se renuevan automáticamente por un período similar. Ecuador se compromete a proteger a las inversiones realizadas por diez años después de la notificación. En el acuerdo con Alemania, las inversiones quedarán protegidas hasta después de quince años.

*. Protección de las inversiones. Las inversiones extranjeras suelen ser protegidas mediante cláusulas relacionadas con: la concesión de “trato justo y equitativo” en todo momento; la concesión de “plena protección legal” a las inversiones una vez que éstas han sido admitidas en el país; y, la concesión de “tratamiento no menos favorable”.

También, los acuerdos firmados por Ecuador incluyen las figuras de *expropiación directa* y *expropiación indirecta*, empleándose las formas internacionales convencionales sobre: las razones para la expropiación; los procedimientos de compensación; y las valoraciones de mercado para la expropiación.

*. Controversias entre Estados. Se permite remitir a un Tribunal Arbitral las controversias relacionadas con la aplicación e interpretación del acuerdo. El procedimiento de remisión sigue los cánones acostumbrados, a saber: (a). inicialmente, las controversias intentarán solucionarse por la vía diplomática; (b). si la controversia no pudiere ser dirimida así en un plazo de seis meses, aquella será sometida a un Tribunal Arbitral a petición de cualquiera de las Partes; (c). el Tribunal Arbitral será constituido para cada caso particular; y (d). cada parte designará un miembro del Tribunal.

*. Controversias entre inversionista y Estado. Se acoge el procedimiento típico de los acuerdos bilaterales, estableciéndose que: (a). “en la medida de lo posible”, se intentará resolver la controversia mediante consultas amistosas; (b). si la controversia no hubiera sido resuelta en seis meses, el inversionista extranjero podrá someterla a tribunales internacionales; y (c). las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias.

*. Potestades otorgadas al tribunal arbitral. En la mayoría de sus acuerdos, Ecuador le concede al tribunal facultades para fijar su propio procedimiento. En el acuerdo con España, se aclara que el arbitraje deberá basarse en las disposiciones del tratado bilateral de inversión, en el derecho nacional de cada parte contratante, y en “las reglas y principios de Derecho Internacional generalmente admitidos”. También Ecuador le permite al tribunal determinar si una mayor proporción de los gastos deberá ser sufragada por una de las dos partes contratantes. En el acuerdo con China, sin embargo, se establece que los costos pertinentes del arbitraje internacional serán sufragados equitativamente por ambas partes.

*. Restricciones no permitidas por el acuerdo. En general, los tratados no permiten ninguna forma de trato desigual o trato menos favorable a las inversiones extranjeras. En el acuerdo con Alemania, se prohíben las limitaciones en la adquisición de materias primas y auxiliares, energía y combustibles, medios de producción y “explotación de todas clases”, la venta de productos en el interior del país y en el extranjero y “toda medida de efectos

análogos”. En el acuerdo con Francia, se menciona que ninguna de las partes “obstaculizará la gestión, mantenimiento, uso, goce o enajenación de las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante”. En el acuerdo con Paraguay, se especifica que, en lo relativo a “aplicación de otras normas”, la legislación vigente en cada país deberá ser utilizada para interpretar cualquier “expresión que no está definida” en el acuerdo bilateral.

2.4-. El acuerdo de inversiones con Estados Unidos

Desde 1997, se encuentra vigente el *Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección de Inversiones* (ABIEUSA), un instrumento perfectamente enmarcado dentro de la filosofía del Programa Estadounidense de Tratados de Inversión Bilaterales”.¹⁶ A continuación, se presentan y analizan algunos de sus aspectos más destacados.

*. Preámbulo. Se hace una cierta referencia a objetivos de política amplios como el desarrollo económico y la protección ambiental. Empero, en la práctica de los acuerdos bilaterales estadounidenses, las leves y generales referencias al desarrollo económico tienen como propósito inclinar la interpretación posterior del acuerdo a favor de los intereses de los inversionistas. Y ello en razón de que se suele enfatizar el deseo de ampliar los flujos y estabilidad de las inversiones, "sin reconocer la necesidad de intervención gubernamental o de regulaciones apropiadas como parte de una política exitosa de desarrollo" (Peterson 2004: 4). Si existiría una auténtica intención de favorecer el desarrollo, por ejemplo, el preámbulo incluiría expresamente referencias al “derecho al desarrollo”. Dado que ese no es el caso, el ABIEUSA no contiene alusiones al “tratamiento especial y diferenciado”, principio éste que podría expresarse operativamente mediante obligaciones y compromisos distintos para cada una de las partes.

*. Inversión. Se especifica que el término “inversión” abarca a: “todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte o este controlada por dichos nacionales o sociedades, y comprende: i). Los bienes corporales e incorporeales, incluso derechos tales como los de retención, las hipotecas y las prendas; ii). Las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones o en sus activos; iii). El derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión; iv). La propiedad intelectual que, entre otros, comprende los derechos relativos a: las obras artísticas y literarias, incluidas las grabaciones sonoras, los inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano, los diseños industriales, las obras de estampado de semiconductores, los secretos comerciales, los conocimientos técnicos y la información comercial confidencial, y las marcas registradas, las marcas de servicio y los nombres comerciales, y v). Todo derecho

¹⁶ Para mayor información sobre el *US Bilateral Investment Treaty Program*, véase <http://www.state.gov>

conferido por la ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley.”

Dado que no contempla una cláusula que establezca la obligatoriedad de “presencia física significativa de la inversión”, el ABIEUSA podría ser interpretado en sentidos favorables para: (a) proteger a “inversionistas” estadounidenses que se declaren como tales utilizando argucias como compras de oficina sin presencia de instalaciones operacionales, negocios basados en casilleros postales o negocios basados en Internet; y (b). considerar como inversiones a las reclamaciones de dinero derivadas de contratos comerciales para la venta de bienes o servicios desde o hacia el territorio de una parte hacia la otra; a un préstamo al estado o a sus empresas; a una letra bancaria de crédito o una extensión de crédito en conexión con una transacción comercial.

Por otra parte, el ABIEUSA no define lo que deberá entenderse por “medidas arbitrarias y discriminatorias”. Por ello, en caso del surgimiento de una disputa comercial, los inversionistas estadounidenses podrían justificar interpretaciones en las cuales dicho termino abarque también a las medidas en discusión o en borrador.

*. Requisitos de desempeño. El ABIEUSA prohíbe la imposición de exigencias para el establecimiento, expansión o mantenimiento de inversiones. Explícitamente, se prohíben las obligaciones de aprovisionamiento local de bienes o servicios o "cualquier otro requerimiento similar". Siendo así, las medidas domésticas para la protección ambiental podrían caer dentro de la categoría de “cualquier otro requerimiento similar” y, por tanto, podrían ser cuestionadas. Adicionalmente, dado que en el ABIEUSA no se establece una lista minuciosa de prohibiciones específicas a los requisitos de desempeño, se abre la posibilidad de que las medidas solicitadas por Ecuador puedan entrar en conflicto con las obligaciones de trato nacional o las obligaciones MFN.

A su vez, las prohibiciones sobre los requisitos de desempeño podrían ser utilizadas por los inversionistas estadounidenses para evitar que sus inversiones satisfagan objetivos de política social. Si se consideran simultáneamente los principios sobre trato nacional y MNF, los inversionistas estadounidenses no podrían ser excluidos de participar en ciertas intervenciones de política pública encaminadas a generar efectos macroeconómicos. Los gobiernos ecuatorianos no podrían realizar programas preferenciales de política pública sin extender las preferencias a las empresas estadounidenses. Más concretamente, la construcción, rehabilitación u operación de sistemas de riego no podría concedérseles exclusivamente a los empresarios nacionales, a las “empresas comunitarias” o a los “pequeños proveedores” de servicios.

*. Expropiación. Dado que el ABIEUSA incluye a los derechos de propiedad en su definición de inversión, se infiere que las disposiciones sobre expropiación pueden aplicarse a la concesión, revocatoria, limitación o creación de derechos de propiedad. En cualquier caso, se establece compensaciones por disturbios civiles y “otros eventos similares”.

* Resolución de disputas. El ABIEUSA permite recurrir: a "los tribunales judiciales o administrativos de la parte que sea parte en la diferencia", a “cualquier procedimiento de

solución de diferencias aplicable y previamente convertido" o al arbitraje obligatorio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Sin embargo, aquel acuerdo no incorpora cláusulas explícitas para obligar a Ecuador y Estados Unidos a agotar los procedimientos judiciales locales. Por ello, si fuesen aplicadas a inversiones efectuadas en el sector hídrico ecuatoriano, las disposiciones del ABIEUSA podrían permitir que los eventuales conflictos entre los reguladores domésticos y los inversionistas estadounidenses sean legítima y fácilmente internacionalizados.

*. Compras gubernamentales. El ABIEUSA no solicita explícitamente que las empresas públicas ecuatorianas operen en términos comerciales. No obstante, apelando al sentido general del acuerdo y a otras normativas multilaterales, una empresa estadounidense podría considerar que la operación de una empresa pública ecuatoriana genera obstáculos para mantener o ampliar su participación de mercado. Si esto sucediese, la empresa estadounidense podría reclamar "expropiación indirecta" e iniciar un proceso internacionalizado de resolución de controversias.

Para el caso del sector hídrico ecuatoriano, esta posibilidad es particularmente preocupante. En la provisión pública de servicios de agua y saneamiento, se tornaría imposible fomentar políticas de acceso universal basadas en la segmentación de mercados entre distintos grupos socio-económicos, en el establecimiento de subsidios cruzados favorables a los sectores más pobres urbanos y rurales o en la utilización de transferencias públicas hacia los consumidores de menores ingresos. Si una empresa pública ecuatoriana recurriese a cualquiera de estas opciones de política pública, un proveedor estadounidense de agua y saneamiento podría acusarla de operar "en términos no comerciales", iniciando así el proceso de reclamaciones relacionado con las normas de expropiación indirecta.

2.5-. El caso de la OXY, un ejemplo de los usos del ABIEUSA

Hasta fines del 2005, no se había registrado todavía ninguna disputa internacional entre el Estado ecuatoriano y un inversionista extranjero proveedor de servicios de agua y saneamiento. No obstante, para ilustrar las implicaciones de los acuerdos bilaterales de inversión firmados por Ecuador, se podría traer a colación el caso del conflicto con la empresa estadounidense *Occidental Exploration and Production Company (OXY)*. Veamos.

En 1985, OXY firmó un contrato de participación con el sector público ecuatoriano para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 15 ubicado en la zona amazónica. En el 2000, sin informar oportuna y adecuadamente al Ministerio de Energía y Minas, OXY vendió el 40% de sus acciones en ese bloque a la empresa canadiense Encana, incurriendo así en una violación a la Ley de Hidrocarburos.¹⁷ Desde ese entonces, los

¹⁷ Según el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos, la transferencia de un contrato o la cesión a terceros de derechos serán nulas si no cuentan con la autorización del Ministerio de Energía y Minas.

reguladores ecuatorianos comenzaron a considerar a estudiar la caducidad del contrato con la OXY y, también, la necesidad de firmar un contrato específico con Encana.

Tiempo después, OXY solicitó al Servicio de Rentas Internas (SRI) la devolución de 75 millones de dólares correspondientes al pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA) causado por la compra de bienes y servicios para la producción de crudo para exportación. Dado que la autoridad tributaria no consideró procedente esta solicitud, puesto que la devolución de los montos pagados por IVA correspondía solo a las empresas exportadoras de bienes fabricados, OXY llevó su reclamación hacia el ámbito internacional amparándose en las disposiciones del ABIEUSA. Argumentando “expropiación de inversiones” y “trato discriminatorio”, la empresa estadounidense estableció una demanda ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), buscando obtener un laudo que le obligue al Estado ecuatoriano a devolverle el IVA pagado desde 1999. En julio del 2004, la CNUDMI falló a favor de OXY.¹⁸

Recurriendo a la Convención sobre Sentencias Arbitrales Extranjeras, el Estado ecuatoriano apeló el laudo ante la Corte de la Reina Inglesa. En agosto de 2004, una vez que la Corte concedió el recurso de apelación, el Estado ecuatoriano presentó la demanda de nulidad del laudo. Para sustentar su caso, entre otras cosas, Ecuador argumentó que el Tribunal Arbitral carecía de jurisdicción y competencia pues el tema en disputa versaba sobre una materia eminentemente tributaria, la cual no estaba contemplada en el artículo 10 del ABIEUSA. Por tanto, no se había producido una confiscación de inversiones que pudiese ser solucionada por la vía arbitral.

En lo relativo a la posible caducidad del contrato con la OXI, en agosto del 2004, la Procuraduría General del Estado le exigió a la empresa estatal PETROECUADOR iniciar el trámite administrativo para la caducidad del contrato de participación, una demanda basada en la violación reiterada a la Ley de Hidrocarburos y otras normas conexas.¹⁹ Ante la posibilidad de que el Estado ecuatoriano declare la caducidad del contrato con la OXI, en repetidas ocasiones, los funcionarios del Departamento de Comercio y de la Embajada de Estados Unidos han insinuado que la firma del ALCEUSA podría verse entorpecida si no existe una solución satisfactoria para el problema de la empresa estadounidense.

¹⁸ Por su parte, Encana solicitó también la devolución de 139 millones de dólares por concepto del IVA. A similitud de la empresa estadounidense, Encana recurrió a un arbitraje internacional bajo las reglas de la UNCITRAL, alegando una violación al acuerdo de protección de inversiones entre Ecuador y Canadá.

¹⁹ Además de la transferencia no autorizada de acciones, OXY ha infringido la normativa ecuatoriana en aspectos como los siguientes: irrespeto a las tasas máximas de producción autorizadas por la Dirección Nacional de Hidrocarburos; ausencia de notificación sobre el inicio de la perforación de pozos; falta de presentación de la información sobre el movimiento de crudo, estados financieros e inventarios; e incumplimiento de la presentación de información sobre el plan quinquenal de operaciones.

3-. LO QUE ECUADOR TODAVÍA PODRÍA PERDER

Ciertamente, si Estados Unidos impone sus posiciones “duras e inflexibles” en el texto final del ALCEUSA, Ecuador podría perder mucho en propiedad intelectual, biodiversidad, minería, petróleo, electricidad o telecomunicaciones. Sin embargo, los contenidos concretos de ese acuerdo no afectarán mayormente a la gobernanza de los recursos hídricos ecuatorianos. Mediante sus despreocupados compromisos ante la OMC y la CAN, mediante sus bondadosos acuerdos bilaterales de inversión o mediante sus liberales regímenes legales domésticos, Ecuador ya concedió voluntariamente buena parte de aquello que Estados Unidos busca obtener al negociar con países débiles y desesperados. Por ello, la pregunta pertinente es ¿qué más podría obtener Estados Unidos que no haya obtenido aún?. A continuación, esbozaremos una respuesta tomando como referencia central a los capítulos sobre inversiones y servicios del borrador del “US-Andean Free Trade Agreement”.

3.1-. Extensión de derechos a las fases previas al establecimiento de inversiones

En ninguno de sus compromisos internacionales, Ecuador aceptó “compromisos previos al establecimiento” de una inversión extranjera. Por ello, si Estados Unidos presiona lo suficiente, el ALCEUSA podría demandar que los inversionistas estadounidenses que *“aspiran”, “pretenden” o “buscan” invertir* reciban plenos derechos en acceso al mercado, trato nacional o tratamiento MFN. Si los derechos de los inversionistas son ampliados a las fases previas a la inversión, entonces Ecuador perderá mayores facultades para controlar el ingreso o la admisión de nuevas inversiones en el sector hídrico. Y ello en razón de que esta clase de extensiones jurídicas les proporcionan "a cualquier inversionista extranjero el derecho a entrar e invertir en sectores que están abiertos a inversionistas domésticos" (Peterson 2004: 32).

También, las potestades para generar una gobernanza doméstica del agua disminuirían aún más si el establecimiento de “compromisos previos al establecimiento” no está acompañado por una “lista positiva” en virtud de la cual Ecuador delimite claramente que la concesión de compromisos previos solo opera para ciertos sectores económicos. Muy probablemente, si se considera el comportamiento histórico de las elites domésticas y la poca influencia de las instituciones ambientales las negociaciones comerciales, la lista ecuatoriana no contendrá disposiciones favorables para preservar el derecho al agua.

3.2-. Inversión

En el 2003, mediante una codificación a la legislación del Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad, Ecuador adoptó una definición de “inversión”

tan amplia que podría satisfacer las demandas usuales del capital transnacional.²⁰ A un país cuyo régimen de inversiones es “uno de los más abiertos en la región y en el mundo” (Espinoza Cañizares 2005), Estados Unidos solo requiere solicitarle unas cuantas pequeñas concesiones para, de una manera absolutamente explícita y permanente, establecer mayores “candados” a su favor como los siguientes:

*. El término “inversión” abarcará a “las expectativas de obtener ganancias o utilidades”. Si así sucede, el ALCEUSA modificará sustancialmente el significado de las normativas sobre “expropiación indirecta”. En caso de internacionalización de una controversia, esta circunstancia les otorgaría a los tribunales arbitrales mayor discrecionalidad en sus interpretaciones.

*. Las inversiones estadounidenses: (a) no requerirán ser registradas ante el Banco Central; (b) podrán realizarse bajo cualquier modalidad de empresa; (c). no estarán sometidas a ninguna limitación relacionada con la nacionalidad de la planta ejecutiva y de trabajadores; (d). podrán efectuarse en cualquier actividad económica y en cualquier parte del territorio nacional sin ninguna excepción por consideraciones de seguridad nacional; (e). no estarán expuestas a las causales de expropiación relacionadas con Utilidad Pública e Interés Social;²¹ (f) -. No pagaran ningún tipo de impuesto.

*. La Constitución Ecuatoriana garantizará que: (a). ninguna actividad económica quedará reservada exclusivamente a los gobiernos nacionales, provinciales y locales; (b). ninguna restricción o requisito de desempeño será aplicado a las inversiones estadounidenses; (c). las municipalidades no podrán expropiar, reservar o controlar áreas para garantizar el derecho de la vivienda y a la conservación del medio ambiente; (d). las compensaciones por expropiación serán fijadas mediante entidades o procedimientos internacionales que prescindan totalmente de las instancias ecuatorianas; (e). las empresas estadounidenses relacionadas con la extracción de recursos naturales renovables y no renovables no serán afectadas con ninguna medida tributaria; (f). El sector público ecuatoriano estará comprometido a financiar seguros de inversión para inversionistas estadounidenses; (g) el inversionista extranjero podrá someter las controversias directamente a procedimientos arbitrales internacionales; (h) los tratados o acuerdos internacionales tendrán mayor jerarquía que las normativas domésticas.

²⁰ El texto completo de la definición ecuatoriana de inversión puede consultarse en el Anexo No. 8.

²¹ Dicho sea de paso, las actuales normativas ecuatorianas establecen “causales” muy poco exigentes porque se considera que “existe causa de interés social cuando se cumplen los siguientes requisitos: a) Declaratoria positiva de que un inmueble debe sufrir determinadas transformaciones o ser utilizado de manera específica. b) Que dicha declaratoria se derive de una ordenanza o de la ley o de la aprobación de los planos reguladores de desarrollo urbano y de la determinación de las zonas urbanas de promoción inmediata”

Sin duda alguna, la descripción de este último paquete de conquistas estadounidenses abraza una cierta dosis de ironía. Pero ésta se justifica, si se recuerda lo planteado en las secciones precedentes. En un país cuyas actuales leyes garantizan que los acuerdos de inversión bilaterales tienen el estatus de ley doméstica, o cuyas actuales leyes les permiten a los inversionistas foráneos bondadosas exenciones al pago de impuestos, lo único que les faltaría conquistar a los inversionistas estadounidenses es... ¡¡ el reconocimiento constitucional de la superioridad jurídica de tales acuerdos y del carácter permanente de esas exenciones !!

3.3-. Expropiación

Si Estados Unidos quisiera ir más allá de las definiciones relativamente convencionales contenidas en su tratado de inversiones con Ecuador, el ALCEUSA podría especificar que la expropiación indirecta: (a). sea definida con referencia a “*una serie de actos*”, posibilitándose así que las políticas públicas “encadenadas” entre sí puedan ser interpretadas como acciones cuyo efecto final fue perjudicar el valor económico de una inversión estadounidense; (b). sea juzgada “*caso por caso*”, facilitándose así el uso y la interpretación discrecional de los regímenes jurídicos nacionales e internacionales; (c). sea vinculada con actos regulatorios relacionados con salud pública, seguridad y medio ambiente; y (d). sea delimitada con referencia a las huelgas o paralizaciones efectuadas por los trabajadores y/o las autoridades locales.

3.4-. Requisitos de desempeño

Si reproduce lo estipulado en el artículo 10.9 del CAFTA o en el artículo análogo del borrador del US-Andean, el ALCEUSA podría prohibirles a las autoridades ecuatorianas fijar requerimientos relacionados con: (a). el establecimiento de un volumen o un valor máximo para las importaciones o las exportaciones de las empresas estadounidenses; (b). la restricción de las ventas de las mercancías producidas o de los servicios proporcionados por una empresa estadounidense; (c) la transferencia de tecnologías, procesos productivos o conocimientos; y, (d) la provisión preferencial de mercancías o servicios hacia el mercado andino.

Además, el ALCEUSA podría prohibir explícitamente el establecimiento de requisitos de desempeño por parte de los gobiernos provinciales, municipales y locales. Desde la perspectiva estadounidense, esta especificación sería bastante provechosa pues, gracias a las políticas y programas de descentralización propiciados por las instituciones multilaterales, los gobiernos subnacionales ecuatorianos son precisamente los encargados de la provisión local de agua para consumo humano, industrial y agrícola.

3.5-. Requerimientos, políticas y normas ambientales

En su acuerdo bilateral de inversiones con Ecuador, Estados Unidos no estableció disposiciones explícitas para evitar la posibilidad de que el gobierno ecuatoriano pueda implementar las medidas necesarias para mantener el orden público, la paz o la seguridad. A futuro, al interior del artículo sobre “Inversión y Ambiente”, Estados Unidos podría lograr que: (a). Los gobiernos nacionales, provinciales y municipales ecuatorianos tengan menos posibilidades para adoptar, mantener o hacer cumplir medidas relacionadas con el bienestar social; y (b). cualquier eventual medida ambiental adoptable por las autoridades ecuatorianas deba ser “compatible con” el capítulo de inversiones.

Por otra parte, si se considera lo expresado en la revisión ambiental provisional del US-Andean efectuada por el USTR (2005), el ALCEUSA incluirá un capítulo ambiental similar al capítulo 17 del CAFTA.²² Si esto sucede así, Ecuador enfrentará un problema bastante significativo: el ALCEUSA le otorgaría a Estados Unidos la posibilidad de utilizar el mecanismo de solución de controversias para reclamar por “la no aplicación efectiva” de la legislación ambiental ecuatoriana y para vincular ésta reclamación a una eventual afectación al comercio de bienes o servicios estadounidenses.²³

Cual consecuencia de esta facultad, se pueden prever dos circunstancias. En el corto y mediano plazo, las reclamaciones basadas en el incumplimiento de normativas ambientales podrían operar como instrumentos para levantar barreras a la exportación de los bienes agropecuarios ecuatorianos más importantes. Dadas las características de la estructura exportadora ecuatoriana, cualquier reducción de los flujos de exportación de bienes agrícolas tendría efectos sobre la situación de la balanza de pagos, desatando un círculo vicioso de mayor desempleo rural, mayor aumento de la pobreza y mayor presión sobre los recursos naturales. A largo plazo, debido a la presión política y económica de los empresarios agro-exportadores criollos, los gobiernos ecuatorianos podrían optar por evitar cualquier esfuerzo sustancial por ampliar la calidad y cantidad de las normativas ambientales. Si los estándares ambientales tienden deliberadamente hacia la baja, entonces, Ecuador podría evitarse reclamaciones basadas en el incumplimiento de sus normativas.

²² En febrero del 2005, en su revisión ambiental provisional, el USTR enfatizaba en la descripción de los problemas más evidentes de la gobernanza y de la situación ambiental ecuatoriana, dígame, la imprecisión y superposición de los cuerpos legales, la incapacidad de las autoridades para hacer cumplir los ordenamientos jurídicos, la creciente contaminación de recursos hídricos, la extensión de la corrupción, etc. También, mediante una narrativa escrupulosamente cuidada, el USTR relacionaba los problemas ambientales ecuatorianos con las actividades de exportación de productos como petróleo, banano o camarón.

²³ Por ello, a similitud de las acotaciones efectuadas por Rivera Santana (2005) para el CAFTA, la novedad del capítulo ambiental del ALCEUSA no radicaría propiamente en que Ecuador y Estados Unidos asuman la obligación de aplicar efectivamente su propia legislación pues "en términos sustantivos esta obligación no aporta nada nuevo a la obligación genérica que tiene cada parte de aplicar la ley."

3.6-. Medidas disconformes

Ciertamente, Ecuador podría establecer medidas disconformes que les permitan al gobierno central, a los gobiernos provinciales y a los gobiernos locales no aplicar trato nacional y tratamiento de nación más favorecida en ciertas actividades y sectores. Sin embargo, una vez vigente el ALCEUSA, las medidas disconformes presentadas por Ecuador podrían ser insuficientes para obligarle al inversionista estadounidense a que "venda o disponga de alguna otra manera" su inversión para así satisfacer los nuevos requerimientos regulatorios. Gracias a esta especificación, las listas de medidas disconformes quedarían como simples ornamentos sin ninguna utilidad práctica.

Sea cual fuere el contenido final de las reservas solicitadas por Ecuador, se debe recordar que las listas ecuatorianas de medidas disconformes no podrían irse en contra de los compromisos ecuatorianos ante el GATS. Y, como pudo apreciarse páginas atrás, Ecuador ya renunció a su derecho a no otorgar trato nacional y acceso a mercados en temas como servicios de construcción e ingeniería, provisión de servicios de agua potable y saneamiento, etc.

3.7-. Arbitraje

Debido al momento en el cual fue negociado, el Acuerdo de Inversiones entre Ecuador y Estados Unidos fue concebido como un instrumento para regular inversiones relativamente convencionales, con un fuerte énfasis en aquellas oportunidades de negocio que parecían apetecibles a mediados de los noventa, dígame telecomunicaciones y electricidad. Por ello, tal acuerdo bilateral no vinculó directamente los asuntos ambientales con las reclamaciones internacionales. Por ello, en el ALCEUSA, Estados Unidos podría lograr ampliar los márgenes de discrecionalidad de los árbitros internacionales y, simultáneamente, dotar a sus laudos de una apariencia de mayor legitimidad jurídica. Esto sucedería si se contempla la posibilidad de que el tribunal arbitral recurra a expertos para informar cualquier situación relativa a temas "ambientales, de salud, seguridad u otros asuntos científicos que haya planteado una parte contendiente en un proceso". Esto significaría garantizar la injerencia de los actores transnacionales hegemónicos alineados con los dispositivos globales para la gobernanza global del agua. En el caso de los recursos hídricos, las opiniones expertas podrían provenir del GWP, WWC, UICN, TNC y las agencias de las Naciones Unidas. Sea como fuere, nótese que, en el borrador del US-Andean, no se contempla siquiera la posibilidad de solicitar la opinión de los eventuales afectados, a saber, los pueblos.

3.8-. Contratación y compras públicas

Si el texto final del ALCEUSA reproduce las disposiciones contenidas en el CAFTA y en el borrador del US-Andean, la gobernanza ambiental ecuatoriana podría afectarse severamente. Por ejemplo, los gobiernos provinciales y municipales ecuatorianos podrían experimentar severas dificultades en sus procedimientos para adquirir los bienes y servicios necesarios para la operación de las empresas públicas o para el ejercicio de sus facultades regulatorias. En Ecuador, la mayoría de gobiernos municipales tienen ingresos exiguos y dependientes del presupuesto del gobierno central; muy difícilmente, aquellos podrían financiar los procedimientos de licitación usualmente demandados en los acuerdos comerciales estadounidenses. Salvo que opten por organizarse en mancomunidades para así lograr efectos de escala, los municipios de las ciudades pequeñas e intermedias estarían sujetos permanentemente a la tiranía de los “umbrales mínimos” a partir de los cuales las licitaciones deberán ser abiertas a los proveedores estadounidenses de bienes y servicios. Cual consecuencia de esta circunstancia, a mediano y largo plazo, la privatización o concesión de las empresas públicas de agua potable podría convertirse en la opción preferente de política de los gobiernos locales... pues, si no se puede comprar fácilmente insumos o maquinaria para una empresa pública, ¿para qué mantenerla bajo control del gobierno municipal?.

Adicionalmente, el ALCEUSA podría especificar que los servicios relacionados con la provisión de agua para consumo doméstico y para riego no están incluidos en los “servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales”. De esta manera, obligando a la provisión comercial de los servicios públicos, los gobiernos nacional y subnacionales ecuatorianos tendrían menos posibilidades aún para introducir y mantener programas sociales específicamente relacionados con la provisión de agua y saneamiento a los pobres.

4. LOS SENDEROS DE LAS REFORMAS A CORTO PLAZO

Desde 1996, las elites ecuatorianas han demostrado cada vez menos escrúpulos para violentar las leyes e instituciones. En un país que puede subsistir durante meses sin Corte Suprema de Justicia, sin Tribunal Constitucional o sin Contralor General, la noción de Estado de Derecho tiende a desvanecerse incluso como ficción ideológica. Por ello, muy probablemente, la ratificación del acuerdo con Estados Unidos no estará supeditada a un escrutinio meticuloso de la compatibilidad entre las nuevas obligaciones bilaterales y los cuerpos jurídicos domésticos. Con relativa facilidad, el ALCEUSA podría entrar en vigencia sin necesidad de efectuar ninguna modificación legal o constitucional sustantiva pues las elites ecuatorianas tienen sobrada experiencia en la ejecución de cualquier pirueta jurídica o política necesaria para lograr sus propósitos coyunturales. Si la legitimidad basada en la legalidad les importase a las oligarquías criollas en lo más mínimo, ¿sería imaginable que Ecuador mantenga una economía oficialmente dolarizada a pesar de que su Constitución define todavía al Sucre como moneda de circulación forzosa?

Dado que Ecuador tiene a asemejarse cada vez más a un “Estado fracasado” donde predomina el “imperio de los hechos”, el análisis de la relación entre el ALCEUSA y las leyes ecuatorianas deviene pertinente, ante todo, para detectar algunos ámbitos de

conflictividad social susceptibles de ser exacerbados por los proyectos de liberalización hegemónicos. Tendiendo a ésta como motivación rectora, a continuación, se ensayará una aproximación a las modificaciones legales e institucionales que podrían ser impulsadas con posterioridad a la entrada en vigencia del ALCEUSA.

4.1.- La “basura legal” que incomoda a la coalición dominante

En el 2002, la USAID y la Fundación Hacia La Seguridad (HLS) firmaron un convenio para ejecutar un proyecto dirigido a derogar “la basura jurídica” ecuatoriana, entendiéndose por ésta a aquellas “normas *aparentemente vigentes* promulgadas por diferentes órganos del Estado, cuya vigencia tiene un carácter de indeterminado por efectos de su pérdida de vigencia, desaparición de las instituciones, superposición, y contradicción con las normas primarias” (HLS 2003: 3). En el 2004, el presidente Lucio Gutiérrez develó que aquel proyecto buscaba hacer que Ecuador cumpla anticipadamente con los requisitos necesarios de los tratados de libre comercio, dígame la homologación de los derechos de propiedad intelectual, el ofrecimiento de “una serie de garantías a las inversiones extranjeras” y el recurso “al arbitraje internacional en caso de controversias”.²⁴ Dicho sin eufemismos, desde mayo del 2003 hasta agosto del 2004, la USAID había financiado una investigación para detectar y suprimir aquellos aspectos de los cuerpos jurídicos ecuatorianos potencialmente incompatibles con las disciplinas del ALCEUSA.

De manera pública, se conoce que el proyecto HLS elaboró: informes para identificar y depurar las normas secundarias promulgadas por organismos autónomos del estado y por los ministerios; catálogos de leyes, decretos legislativos, decretos supremos, decretos leyes de emergencia y codificaciones vigentes; proyectos de ley para depurar leyes obsoletas y para derogar normas primarias y secundarias; textos para derogar resoluciones obsoletas; propuestas de códigos tributario, mercantil, laboral, civil, penal y administrativo; y proyectos para leyes sobre ambiente, electricidad, telecomunicación, impuestos y gobiernos seccionales autónomos.²⁵ Estos informes no recibieron “objeción alguna” por parte de la USAID y fueron presentados a la Presidencia y al Congreso de la República. (HLS 2004a: 11). Su importancia no radica, empero, en sus virtudes técnicas.

Si se recuerda la experiencia de la “evaluación de las políticas agrarias” coordinada por Morris Withaker a mediados de los noventa,²⁶ los resultados del proyecto “Legal Trash”

²⁴ Para mayor información, véase el Boletín No. 4 de Acción Ecológica.

²⁵ Para mayor detalle sobre los productos finales del proyecto HLS, véase Anexo No. 5.

²⁶ En 1996, se realizó la “Evaluación de las reformas a las políticas agrícolas en Ecuador”, un estudio patrocinado y concebido por el BID, la USAID, las cámaras agrícolas ecuatorianas y la tecnocracia doméstica. A partir de las visiones, diagnósticos y recomendaciones de este estudio, se generaron las nuevas normativas que, entre otras cosas, clausuraban definitivamente el proceso de reforma agraria en Ecuador, vinculaban la asignación de concesiones de agua al tamaño del predio y reorganizaban las instituciones

adquieren relevancia porque ofrecen los indicios más fehacientes de las transformaciones jurídico-institucionales que podrían ser impulsadas por los organismos multilaterales, por el gobierno estadounidense y por los sectores conservadores ecuatorianos. Para poder visualizar las aspiraciones de esta colusión de actores, se torna pertinente analizar con cierto detalle las propuestas de “Ley de Gestión Ambiental Sustitutiva” y de “Nuevo Código Agrario”. Veamos.

Las propuestas ambientales y agrarias del Legal Trash estuvieron acompañadas por extensas investigaciones descriptivas. Por ejemplo, el documento “Catálogo de leyes, decretos legislativos, decretos supremos, decretos leyes de emergencia y codificaciones, vigentes a septiembre del 2003” estuvo basado en el análisis de unos 47 mil cuerpos legales. De éstos, se seleccionaron 2756 normas de carácter primario compuestas por leyes, decretos legislativos, decretos supremos, decretos leyes de emergencia y codificaciones. Después de descartar los decretos supremos, el proyecto HLS concentró su atención en 1758 normas primarias (HLS 2003: 2). A partir del análisis de éstas normativas, se detectaron 39 cuerpos legales relacionados directamente con los recursos hídricos. En este conjunto, se observa que:

- (a). 17 cuerpos legales estaban relacionados con la adjudicación de aguas superficiales a caseríos, comunidades, haciendas, municipios y pueblos.
- (b). 11 cuerpos legales están relacionados con la provisión de agua potable,
- (c). 2 cuerpos legales versan sobre jurisdicciones coactivas de las empresas de agua potable de Quito y Guayaquil;
- (d). Las principales leyes sobre recursos hídricos vigentes son: Ley de aguas; leyes de condonación de intereses a usuarios de agua potable y a usuarios de aguas de riego; ley de desarrollo hídrico de Manabí; leyes de las empresas de agua potable de Esmeraldas, Manta, La Estancilla y Guayaquil; y Ley de las Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado;
- (e). Otros cuerpos legales versan sobre asuntos como: privatización de agua para Guayaquil; Programa Nacional de Fluoruración del agua; Uso y goce de aguas de quebradas y remanentes; directorios de aguas de riego; creación de rentas para la provisión de agua potable; derechos de aguas; aguas termales; explotación de bosques, uso de agua y fuerza motriz.²⁷

Por otra parte, en el diagnóstico sobre el sector ambiente elaborado por Montalvo (2003), se mencionan más de 100 cuerpos jurídicos relacionados con la gestión ambiental, una cifra que no incluye los convenios, convenciones y protocolos internacionales. Según este diagnóstico, la problemática de la legislación ambiental ecuatoriana está relacionada

para la regulación y gestión de recursos hídricos. Para datos sobre los procesos políticos relacionados con esa evaluación y sus leyes derivadas, véase Guerrero Cazar (2003: 64).

²⁷

Para mayores detalles sobre estos 39 cuerpos jurídicos, véase Anexo No. 6

fundamentalmente con: las normas sobre la prevención y control de la contaminación ambiental; las normas que regulan la administración y uso de recursos naturales, así como, el ejercicio de actividades productivas en general; y las normas que regulan la actividad del Ministerio del Ambiente. A su vez, el diagnóstico ambiental del proyecto HLS ubicó tres ámbitos de gestión donde se generan los principales problemas, a saber, expedición normativa, ejecución de actividades específicas y control y sanción. Ordenados en orden descendente, los cuerpos jurídicos que aparecen involucrados en la producción de la mayor cantidad de problemas son los siguientes:

- Ley de gestión ambiental;
- Ley forestal y de conservación de áreas naturales y vida silvestre;
- Ley de pesca y desarrollo pesquero;
- Ley de hidrocarburos;
- Código de policía marítima;
- Ley de aguas;
- Ley de comercialización y empleo de plaguicidas y productos afines.;
- Ley para la prevención y control de la contaminación ambiental;
- Código de la salud;
- Ley constitutiva del Instituto Nacional de Pesca;
- Ley de caminos;
- Ley de creación de Corpecuador;
- Ley de creación del IEOS;
- Codificación a la Ley de desarrollo agrario;
- Ley de desarrollo agroindustrial y turístico de Manabí;
- Ley de régimen tributario interno;
- Ley de desarrollo hídrico de Manabí;
- Ley de descentralización del estado y participación social;
- Ley de minería;
- Ley de régimen del Distrito Metropolitano de Quito;
- Ley de régimen del sector eléctrico;
- Ley de régimen provincial;
- Ley orgánica de la Contraloría General del Estado;
- Ley orgánica de las juntas parroquiales rurales;
- Ley para la promoción de la inversión y participación ciudadana;
- Ley de tránsito y transporte terrestre;
- Ley de forestación y reforestación de la provincia de Loja;
- Texto unificado de legislación secundaria del Ministerio del Ambiente; y,
- Ley que protege la biodiversidad en el Ecuador.

Por ello, el diagnóstico ambiental recomendó: (a). la derogatoria de la Ley para la Prevención y Control de la Contaminación; (b). el reemplazo total de la Ley de Biodiversidad; (c). la implementación de reformas a toda la legislación citada ajustando el alcance de la autoridad ambiental, de las autoridades sectoriales y de las autoridades seccionales; (d). la introducción de reformas para ajustar criterios para la ejecución de actividades productivas con la prevención y control de la contaminación ambiental; procedimientos uniformes de control, jurisdicción y sanción; (e). la realización de reformas para determinar la autoridad administrativa que ejercen competencias emanadas de la

legislación internacional y, (f). la reestructuración del régimen sobre bosques, biodiversidad y áreas protegidas (Montalvo 2003: 117)

Por otra parte, en el informe de diagnóstico del “sector territorial” elaborado por Morales (2003), se plantean como problemas centrales a la falta de garantías para la propiedad privada, a la existencia de predios sin título de propiedad y al inadecuado uso del suelo. A partir de estas premisas, se recomendó: la derogatoria de la Ley de Patrimonio Territorial; la actualización de la Ley de Comunas; la derogatoria parcial de leyes especiales relacionadas con tierras baldías, colonización, cooperativas agrícolas e industriales y producción y comercialización de banano y café; y, la elaboración de un nuevo código agrario que integre a las leyes de desarrollo agrario, tierras baldías y colonización y desarrollo agropecuario.

Según el diagnóstico territorial, los cuerpos legales que están más involucrados, sea en la solución o en la generación, de problemas relacionados con la seguridad de la tenencia de la tierra y con la titulación de tierras son, en orden descendente, los siguientes: la Ley de Desarrollo Agrario; la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre; el Reglamento a la Ley de Desarrollo Agrario; la Ley de Tierras Baldías; la Ley de Comunas; la Constitución Política de la República; la Ley de Fomento y Desarrollo Agropecuario; el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas; la Ley de Cooperativas; la Ley de Registro; y el Reglamento a la Ley Forestal.

¿Qué significa toda esta maraña de evaluaciones, propuestas y descripciones?. Una vez firmado el ALCEUSA, el sentido de las disputas jurídico-políticas no estará definido, ni principal ni exclusivamente, por la tarea de armonizar las normativas domésticas con las obligaciones internacionales. En el corto y mediano plazo, las elites impulsarán reformas que les permitan trasladar hacia los sectores populares los costos del ajuste a las nuevas condiciones macroeconómicas abiertas por el nuevo experimento de liberalización. Dicho en una frase, la reforma estará basada en una estrategia de socialización de las pérdidas.

4.2.- Un nuevo Código Agrario a la luz del proyecto conservador

La propuesta de nuevo Código Agrario refleja la combinación ecléctica de distintas racionalidades económicas, políticas y culturales que caracteriza a los sectores empresariales agrícolas ecuatorianos. En ella, se pueden encontrar un intento por mantener ciertas prebendas estatales, un interés por asegurar la gran propiedad agrícola, un intento por eliminar solapadamente la propiedad comunitaria, etc. A continuación, se mencionan sus puntos más destacados de esta amalgama.

(1)-. La propuesta de Código Agrario afirma que su pretensión es "brindar el entorno óptimo para que los propietarios de tierras en el Ecuador consigan un desarrollo integral". De esta manera, aquella propuesta se niega a efectuar cualquier referencia al problema de los campesinos e indígenas sin tierra. Dado que se desconoce la existencia de una distribución de la tierra bastante inequitativa, tal propuesta define que sus objetivos

fundamentales son establecer principios de "seguridad jurídica, administrativa, económica y social para aquellos propietarios de tierras a lo largo del territorio".

(2)-. Se define como "propiedad agraria" a las tierras públicas o privadas "que tengan vocación agrícola, pecuaria, agropecuaria, forestal, hidrobiológica, de carácter ecológico, paisajístico o alto contenido de biodiversidad." Por tanto, se entiende que el Código abarcaría incluso ecosistemas frágiles que hasta ahora no han sido tratados explícitamente desde una lógica económica convencional.

(3)-. Al delimitar los conceptos relacionados con el derecho a usar y gozar de la tierra, se distingue entre "posesión de buena fe" y "posesión de mala fe". Gracias a esta distinción, de manera tácita, se abre la posibilidad para criminalizar aún más a los invasores de tierras. De hecho, además de criminalizarlos, se los coloca en una situación de franca desventaja en el eventual caso de que se implementasen políticas de acceso a la tierra para los pobres. Y ello en razón de que, en el artículo 30 de la propuesta de Código Agrario, se establece que los invasores no podrán ser tomados en cuenta para adjudicación de tierras (Morales 2004: 46).

(4)-. Aunque retóricamente alude a los derechos de los pueblos indígenas, la propuesta de Código Agrario procede a estipular normas para delimitar cómo habrá de realizarse "el reconocimiento de la posesión ancestral". Este reconocimiento quedará supeditado a un "estudio socio-histórico" que, firmado por un antropólogo o sociólogo, "demuestre efectivamente la posesión ancestral sobre la tierra objeto de la adjudicación"

(5)-. Entre las causales para la expropiación, se tipifica a "la ociosidad de la tierra", entendida ésta como "el incumplimiento de la función económico-social del aprovechamiento de la tierra y sus recursos naturales". Además, se especifica que: "se entiende por tierras ociosas las que carecen de cultivos o cuyos índices de ganado fueren inferiores a los que se establezca en el reglamento del mismo, y en general, aquellas que permanecen en abandono o son objeto de un rendimiento deficiente, atendiendo su extensión y condiciones. En el caso de tierras de vocación forestal no sujetas a planes de reforestación, o de propiedades privadas con vocación ecológica cuyo propietario no tramite su declaratoria como área protegida para la prestación de servicios ambientales se considerará igualmente la ociosidad de tales tierras."

(6)-. La propuesta de Código Agrario busca perpetuar los mecanismos utilizados por las elites agro-empresariales para socializar sus pérdidas al resto de la sociedad. En Ecuador, durante los últimos 25 años, la condonación de deudas a los grandes productores agrícolas ha sido un instrumento de creación de lealtades coyunturales hacia los gobiernos de turno, un procedimiento cuya discrecionalidad ha incrementado la insolvencia e iliquidez fiscal. Con el Código Agrario, se pretendería institucionalizar los procedimientos para la condonación de las deudas de los productores. A su vez, se contempla la posibilidad de conceder condiciones preferenciales para los agentes económicos relacionadas con el tiempo de gracia en el pago de los créditos, bajos intereses, facilidades de pago.

(7)-. Cual refuerzo a los cuerpos legales promulgados durante la última década, la propuesta de Código Agrario estipula que "al amparo de esta ley, todo organismo nacional

o internacional, personas naturales o jurídicas podrán realizar inversiones de cualquier tipo en el sector agropecuario."

(8)-. En las provisiones sobre contratos de seguros agropecuarios, se establece una disposición que podría convertirse en el precedente para la posterior emergencia de mercados de futuros agrícolas en Ecuador. Y ello en razón de que se plantea la posibilidad de que los seguros agrícolas puedan cubrir "los provechos esperados de cultivos ya efectuados o por efectuarse"

(9)-. Se plantea la creación de "regiones de desarrollo agrario", las cuales podrían referir a "zonas con potencial para el desarrollo agrario, según el análisis de las variables espaciales respectivas (clima, condiciones de uso, pendiente, tipos de suelo, geomorfología, etc) o a las zonas que presentan un desarrollo agrario relevante en consideración de las condiciones geográficas de un área específica." Detrás de toda esta parafernalia, se aprecia la intención de perpetuar la discrecionalidad de los gobiernos de turno para crear instituciones regionales ad hoc para beneficio de las oligarquías locales. Históricamente, gracias a estas instituciones, entre las cuales se encuentran las "corporaciones de desarrollo" vinculadas a la gestión de los recursos hídricos, los sectores agro-exportadores de la sierra y la costa ecuatorianas han logrado que obtener transferencias fiscales de carácter rentista.

(10)-. La propuesta de Código Agrario utiliza una definición de "seguridad alimentaria" que replica la definición estándar utilizada por la FAO. No obstante, y justamente debido a su eclecticismo, la propuesta de Código Agrario termina avalizando la noción de "disponibilidad alimentaria" promovida por el Banco Mundial. En esencia, esta noción convierte a las políticas de seguridad alimentaria en políticas compatibles con el libre comercio internacional de alimentos pues, en última instancia, se postula como objetivo que la población tenga acceso a los alimentos, cualquiera que fuese su origen geográfico.

(11)-. Mediante la creación de un Registro Agrario Nacional, se buscaría garantizar la captura del Estado por parte de los empresarios agrícolas de elite pues esta operación presupondría una negociación política entre el poder ejecutivo y el poder legislativo. También, se pretende crear una Procuraduría Agraria encargada de representar "los intereses del Estado Ecuatoriano en los distintos procedimientos judiciales", institución ésta que podría operar como un mecanismo para procesar los conflictos de intereses entre agentes económicos públicos y privados, domésticos y extranjeros.

(12)-. Dado que las modificaciones legales e institucionales tienen como objeto a la "actividad agraria", esto decir a "toda labor de supervivencia, producción o explotación fundamentada en la tierra", la propuesta de Código Agrario favorece la confusión normativa y la superposición de funciones, restándole tácitamente atribuciones a aquellas instituciones más directamente vinculadas a la gobernanza ambiental ecuatoriana. Si son interpretadas en un sentido literal, las disposiciones de la propuesta de Código Agrario les permitirán a quienes puedan controlar las nuevas instituciones incidir sobre las prácticas de los campesinos de supervivencia, sobre las actividades de bioprospección o sobre las servidumbres hídricas. ¿Acaso estas actividades no están fundamentadas en la tierra?

(13)-. Se plantean exenciones tributarias para aquellos agentes económicos que establezcan emprendimientos agroindustriales. Dado que se tales exenciones beneficiaran a quienes "se establezcan en el país", la propuesta de Código Agrario deja abierta la posibilidad para que las empresas extranjeras puedan ser también beneficiarias.

(14)-. Se ratifica la "libre importación y comercialización de insumos, semillas mejoradas, animales y plantas mejorantes, maquinarias, equipos y tecnología, excepto de aquellos que el Estado o el país de origen los haya calificado como nocivos e inconvenientes para la preservación ecológica o del medio ambiente que pueda poner en riesgo el desarrollo sustentable del ecosistema. No requerirán de autorización alguna, siempre y cuando cumpla con las Leyes de Aduana y de Sanidad Vegetal y Animal."

(15)-. De manera sutil, se abre la posibilidad para expropiar tierras localizadas en ecosistemas eventualmente rentables. Así, al hablar sobre la obligación del Estado a garantizar la propiedad de la tierra, se dice que: "el aprovechamiento y trabajo de la tierra puede hacerse en forma individual, familiar, cooperativa, asociativa, comunal, autogestionaria o societaria, mientras cumpla su función social". Inmediatamente se define función social de la siguiente manera: "la tierra cumple su función social cuando está en producción y explotación, se conservan adecuadamente los recursos naturales renovables y se brinda protección al ecosistema, se garantiza la alimentación para todos los ecuatorianos y se generan excedentes para la exportación. La función social deberá traducirse en una elevación y redistribución de ingresos que permitan a toda la población compartir; los beneficios de la riqueza y el desarrollo." (Morales 2004: 46)

No se requiere mayor astucia política ni habilidad hermenéutica para darse cuenta que ésta disposición podría ser muy fácilmente utilizada en contra de los campesinos e indígenas localizados dentro de, o cerca de, los páramos, los manglares y los suelos amazónicos. Usualmente, debido a sus condiciones precarias de subsistencia, estos agentes económicos incurren en prácticas que no conservan adecuadamente los recursos hídricos y que no generan excedentes productivos. Dicho sin eufemismos, se trata de una propuesta para justificar el eventual despojo de las tierras comunales.

(16)-. La propuesta de Código Agrario buscaría crear incentivos para convertir a los campesinos de subsistencia en campesinos empresariales y/o en campesinos articulados en organizaciones empresariales. Mediante políticas crediticias, educativas o tecnológicas, el Estado ecuatoriano adquiere obligaciones solo con respecto a estos campesinos.

(17)-. Reforzando aquello establecido en otros cuerpos legales, la propuesta de Código Agrario especifica que "todos los productos son exportables", exceptuando aquellos declarados como parte del patrimonio nacional artístico, cultural, arqueológico o histórico. También se exceptúan de la libre exportación a la flora y fauna silvestres en proceso de extinción, disposición ésta insuficiente para controlar las actividades de bioprospección.

(18)-. La propuesta de Código Agrario plantea trasladar, desde la Ley de Desarrollo Agrario hacia la Ley de Aguas, cinco artículos relacionados directamente con la gobernanza de los recursos hídricos ecuatorianos.²⁸

4.3-. Una gestión ambiental no muy ambientalista

También, el proyecto de *Ley Sustitutiva a la Ley de Gestión Ambiental* pretende contribuir a una profundización de la lógica del mercado en los procesos socio-ambientales agrarios. De ahí que, por ejemplo, se establece que el Ministerio de Finanzas y el Ministerio del Ambiente "procurarán internalizar el valor ecológico de los recursos naturales y los costos sociales derivados de la degradación ambiental". Esta disposición implicaría justificar, por un lado, la "plena recuperación de costos" en la provisión de agua para consumo agrícola, industrial y doméstico y, por otro lado, la implementación de pagos por los servicios ecosistémicos. Al margen de lo anterior, en este proyecto de Ley, se observan algunas disposiciones un tanto preocupantes:

(1). Se elimina el artículo 2 de la Ley de Gestión Ambiental por considerárselo que es declarativo y que no aporta al régimen normativo. En el artículo sustitutivo se omite cualquier referencia a la obligatoriedad de que la gestión ambiental ecuatoriana esté sujeta al "principio de respeto a las culturas y prácticas tradicionales".

(2). Se deroga el artículo 3 de la Ley de Gestión Ambiental, el cual afirma que el proceso de gestión deberá orientarse según los principios universales de la Declaración de Río. Esta derogatoria es justificada aduciendo que "no procede la incorporación genérica de declaraciones de naturaleza internacional". Sin embargo, el proyecto de ley sustitutiva no ofrece ningún indicio sobre donde y cómo se deberían incluir tales principios universales.

(3). El artículo 5 del proyecto de ley sustitutiva le confiere al Presidente la facultad de definir lo que constituye "interés nacional" en lo relativo al aprovechamiento de recursos naturales no renovables en áreas naturales protegidas y en ecosistemas frágiles.

(4). Se sustituye el artículo 7 de la Ley de Gestión Ambiental por otro donde no existe ninguna referencia a la obligatoriedad de institucionalizar la participación de los representantes de la sociedad civil y de los sectores productivos en la preparación de las políticas de desarrollo sustentable y del plan ambiental. Incluso, por considerárselo meramente declarativo, se elimina un inciso que estipula la "promoción de la participación de la comunidad en la formulación de políticas y en acciones concretas que se adopten para la protección del medio ambiente y manejo racional de los recursos naturales".

²⁸ Para poder apreciar la injerencia del proyecto HLS en la reforma legal ecuatoriana, conviene recordar que, mediante la codificación realizada en el 2004, las disposiciones correspondientes a los Artículos 42 al 46 de la Ley de Desarrollo Agrario fueron efectivamente trasladadas a la Ley de Aguas.

(5)-. Se deroga el artículo 11 de la Ley de Gestión Ambiental en el cual se establece que el Sistema Descentralizado de Gestión Ambiental deberá estar dirigido por la Comisión Nacional de Coordinación integrada por: el Ministerio del Ambiente, la Secretaría Técnica de Planificación de la Presidencia y por representantes de los consejos municipales, la asociación de consejos municipales, el Cedenma, el Codenpe, los pueblos negros, las fuerzas armadas y el Consejo Nacional de Educación Superior.

(6). Se le confiere al Presidente de la República la facultad de establecer un sistema de control y seguimiento de las normas y parámetros, de permisos y licencias, para actividades potencialmente contaminantes y del uso de recursos naturales. Se especifica que este sistema de control deberá garantizar la participación del sector privado.

Ahora bien, si las propuestas del proyecto HLS son simplemente recomendaciones, ¿por qué prestarles mayor atención? Después de una década de fracasos en sus intentos de aprobar una nueva Ley de Aguas, la coalición dominante aprendió la lección y cambió de táctica: las modificaciones jurídicas más controversiales están siendo implementadas mediante instrumentos de “bajo perfil” y desde múltiples frentes institucionales. Actualmente, los decretos ejecutivos y la codificación de leyes constituyen los caminos a través de los cuales el ajuste hídrico prosigue y se afianza. Por ello, sin necesidad de generar una visibilidad pública que podría desatar la furia de las movilizaciones sociales, la lógica de las recomendaciones del Proyecto HLS ya permean a las “codificaciones de las leyes secundarias” del Ministerio de Agricultura y del Ministerio del Ambiente.

4.4-. Un vacío bastante sensible: los bienes y servicios ecosistémicos

Hasta fines del 2005, la liberalización multilateral de los “bienes y servicios ecosistémicos” no había sido abordada en forma contundente y explícita: en estricto sentido, las negociaciones del GATS continuaron centradas en las normas para los “bienes y servicios ambientales”.²⁹ Empero, aprovechando los mandatos referentes a la no exclusión de ningún servicio, los países desarrollados presentaron propuestas de liberalización con capacidad para sentar los precedentes necesarios para una futura mercantilización de los “bienes y servicios ecosistémicos”. Frente a esta posibilidad, se torna preocupante apreciar que la política exterior ecuatoriana no ha logrado ubicar a plenitud las diversas sutilezas implícitas en la relación entre regímenes comerciales y regímenes ambientales.

Por ejemplo, tomando como referencia a la ponencia presentada por Gómez (2005) durante el *Taller Andino sobre Negociaciones en Bienes y Servicios Ambientales*, se puede

²⁹ Para evitar las confusiones fomentadas por las distintas propuestas de liberalización de servicios existentes en la escena multilateral, a continuación, utilizaremos la expresión “bienes y servicios ambientales” para referirnos a aquellos bienes y servicios producidos o proporcionados por las personas o las empresas. La expresión “bienes y servicios ecosistémicos” referirá a los bienes que pueden extraerse de los ecosistemas y a los servicios proporcionados por los ecosistemas para beneficio de las personas o empresas.

inferir que Ecuador no ha identificado ni siquiera los bienes y servicios ambientales de interés nacional. Por tanto, en los anexos del ALCEUSA, los negociadores ecuatorianos muy difícilmente podrán especificar medidas disconformes de inversión y de servicios para todos los sectores o actividades relacionadas con los bienes y servicios ecosistémicos. Las negociaciones ecuatorianas parecerían conducirse utilizando una homología inadecuada: los funcionarios abordan el tema de los “bienes y servicios ambientales” buscando identificar y desmontar barreras arancelarias y no arancelarias a la exportación. Lamentablemente, estos sesgos no son expresiones de un caso particular. En la historia de sus negociaciones económicas internacionales, Ecuador no ha incluido medidas para proteger los beneficios que los ecosistemas proporcionan a las personas y las empresas.³⁰ Por ello, aun cuando el ALCEUSA no diga una sola palabra sobre bienes y servicios ecosistémicos, esas omisiones tendrán sendas implicaciones en la capacidad de los gobiernos nacionales y subnacionales ecuatorianos para estructurar una adecuada gobernanza de los activos y flujos naturales.

Dado que los servicios proporcionados por las cuencas hídricas están relacionados con el uso económico de la tierra y de los bosques, las normativas del ALCEUSA sobre acceso a mercados, trato nacional, inversiones y compras públicas constituirán los parámetros dentro de los cuales los reguladores domésticos deberán establecer la asignación intersectorial de agua. Gracias a cualquiera de las disposiciones relacionadas con los temas comerciales mencionados, se podrían suscitar conflictos entre agentes públicos y privados, ecuatorianos y estadounidenses. Para clarificar estos puntos, permítasenos unos ejemplos.

Supongamos que los gobiernos ecuatorianos intentar generalizar los esquemas de “pagos por servicios ambientales”, creando para tal efecto un fondo para la protección de una cuenca hídrica, un fondo para la reducción de gases invernadero o un fondo para la conservación de la belleza escénica de los páramos. Operativamente hablando, estas intervenciones podrían implicar un esquema de servidumbre hídrica en el cual, por un lado, los campesinos localizados en las zonas de montaña reciben una retribución económica a cambio de modificar el uso de sus tierras suprimiendo la producción agrícola y adoptando la producción forestal; y, por el otro, los compradores de este “servicio ambiental” son los usuarios del agua “río abajo”, entre los cuales podrían encontrarse las empresas primarias, secundarias o terciarias, así como los consumidores domésticos de agua.

Una vez firmado el ALCEUSA, tal esquema de servidumbre hídrica no podría ser ejecutado sin incurrir en conflictos entre inversionista y Estado. Usualmente, en los acuerdos de inversión y de comercio bilaterales de última generación, se encuentra la prohibición de

³⁰ Al respecto, y refiriéndonos específicamente al caso de los recursos hídricos, conviene recordar que las cuencas hidrográficas proporcionan los siguientes servicios: regulación del flujo de agua: mantenimiento de flujos en épocas de sequía y control de inundaciones; mantenimiento de la calidad del agua: control de carga sedimentaria, control de carga de nutrientes, control de carga química y control de salinidad; control de sedimentación y erosión; reducción de salinidad del territorio o regulación de profundidad a la cual se encuentran los acuíferos; y mantenimiento de ecosistemas acuáticos: temperatura del agua, resguardo de ríos y corrientes, provisión de desechos de madera adecuados en agua. (Landell-Mills 2002:127)

exigirles a las empresas extranjeras comprar bienes o usar servicios proporcionados en el territorio del país receptor de la inversión (UNCTAD 2003: 90). Interpretando en su propio beneficio esta normativa relacionada con los “requisitos de desempeño”, una empresa estadounidense podría rehusarse a contribuir al financiamiento del esquema de pago por servicios ambientales. Y ello en razón de que los servicios “proporcionados” por los campesinos río arriba son, por definición, servicios producidos localmente. Si este conflicto tiene una resolución favorable para el inversionista extranjero, se establecerá un precedente que reducirá las capacidades de los gobiernos ecuatorianos para obligarles a las empresas a que contribuyan obligatoriamente a la reforestación de laderas, a la recuperación de cuencas, al manejo de bosques o a la conservación de páramos.

Pero eso no es todo. Veamos ahora un ejemplo en sentido contrario. Supongamos que Ecuador adopta normativas que les otorgan a las personas y empresas jurídicas el derecho a recibir una retribución por implementar “medidas” de conservación de los ecosistemas generadores de servicios hidrológicos. En la práctica, esta retribución tendría que ser concedida a quienes posean propiedades o concesiones dentro de, o cerca de, los ecosistemas. En virtud de los principios de trato nacional y similares, las autoridades ecuatorianas no podrían otorgar esas retribuciones exclusivamente a los pueblos indígenas, a las comunidades de páramos, a los pequeños campesinos o a los empresarios nacionales. Acogiéndose al ALCEUSA, una empresa estadounidense podría demandar que se le retribuya también por haber plantado unos cuantos árboles o por haber colocado guardianía en zonas ambientalmente frágiles. En este caso, aprovechando la indefinición conceptual sobre lo que constituyen bienes y servicios ambientales, la empresa estadounidense podrá apropiarse de rentas extraordinarias mediante la confusión entre quien ofrece un servicio ambiental (el ecosistema) y quien es propietario de los activos naturales generadores del servicio (la empresa).³¹

Retornando al tema central, Ecuador ha estado preocupado básicamente por establecer su posición con respecto a “los servicios relacionados con el ambiente” proporcionados por las empresas. Pero, no ha evidenciado mayor preocupación por los servicios de los ecosistemas. En la mayoría de sus modalidades existenciales, estos servicios ecosistémicos han sido, son y serán convertidos en mercancías.

³¹ En realidad, estos ejemplos no pecan de ser demasiado hipotéticos. En primer lugar, en el proyecto de “Ley para el Desarrollo Forestal Sustentable de Ecuador”, se reconoce que se deberán pagar los bienes de los bosques (madera y productos no maderables), así como los servicios generados por los bosques (captación de carbono, producción de agua, conservación de la biodiversidad). En segundo lugar, en el artículo 101 del anteproyecto de “Ley Especial para la Conservación y uso sustentable de la Biodiversidad”, presentado públicamente en mayo del 2001, se establece que se “promoverá y regulará el pago a los propietarios de predios donde existan bosques y otros ecosistemas nativos por los servicios ambientales que generen con su conservación”. También, en el artículo 105 y 106, se contempla la creación del “Fondo para conservación y uso sustentable de la biodiversidad, para el financiamiento de las actividades de conservación y manejo sustentable de la biodiversidad”. En ninguna de estas dos propuestas se efectúan mayores precisiones.

Por tanto, los servicios ecológicos relacionados con las cuencas hídricas aparecen implicados en actividades económicas o en políticas públicas sobre: adquisición de terrenos; arrendamiento de tierras con protección de cuencas; arrendamientos o concesiones para conservación; canjes de deuda por naturaleza; contrato de restauración de los hábitat de especies acuáticas; contratos de manejo; contratos de mejor practica de administración de tierras; créditos de calidad del agua; créditos de hábitat de especies acuáticas; créditos de transpiración; créditos o compensaciones para la biodiversidad; créditos para reducir la salinidad del agua y el suelo; derechos de agua; derechos de bioprospección en ecosistemas especiales; derechos de desarrollo; emisión de acciones de empresas dedicadas a operaciones comerciales de biodiversidad; licencias o permisos para realizar operaciones económicas que reducen la disponibilidad de agua para usuarios río abajo; permisos para la investigación; plantaciones de eco-árboles que filtran y absorben el agua contaminada; productos amistosos con la salinidad; productos amistosos con los hábitat de especies acuáticas; servidumbres para la conservación; y zonas protegidas (Landell-Mills, 2002). En todos estos ámbitos, el ALCEUSA podría crear condiciones para una menor capacidad regulatoria doméstica.

5-. ELEMENTOS PARA UNA AGENDA DE ACCIÓN CIUDADANA

En Ecuador, las posibilidades de generar una gobernanza del agua políticamente soberana, económicamente eficiente, ambientalmente sustentable y socialmente equitativa son bastante restringidas a corto y mediano plazo. Este es el efecto perverso creado por la confluencia de los compromisos adquiridos ante la OMC, el GATS y la CAN; por las obligaciones asumidas en los acuerdos bilaterales de inversión; por la alineación de las normativas domésticas con las demandas del capital transnacional; por los precedentes creados mediante los contratos de participación privada y por la incidencia de las instituciones multilaterales en la reforma institucional. Siendo así, la pregunta es: ¿qué podría hacerse?. Para responder a esta pregunta, permítasenos efectuar algunas acotaciones.

Dado que las normas jurídicas son hechos políticos, no existen alternativas si no existen grupos sociales dispuestos a concretizarlas. Cuando carecen del apoyo de la organización y movilización ciudadanas, las propuestas contestatarias quedan reducidas a declaraciones de principios filosóficos, de preferencias ideológicas o de aspiraciones simbólicas. Por tanto, en Ecuador, lo que podrá o no podrá hacerse depende de la configuración de una adecuada estrategia política para disputar el sentido de las normativas de los regímenes económicos y ambientales internacionales. En este proceso de lucha social, empero, las perspectivas no son muy halagüeñas. Aún cuando pudiese parecer bastante desalentador, el planteamiento de estrategias políticas y jurídicas debe tomar como premisa al peor escenario imaginable, a saber, la aprobación del ALCEUSA por el Congreso ecuatoriano. Esta posibilidad es altamente probable debido a factores como los siguientes.

*. Durante los últimos dos años, ante el fracaso del pacto oligárquico sintetizado en la Constitución de 1998, toda la clase política ecuatoriana ha centrado sus esfuerzos en la “refundación” de las instituciones, leyes y procedimientos mediante los cuales aquella

organiza el reparto de los costos y beneficios del modelo de crecimiento económico imperante. Dado que los agentes oligopólicos están interesados por asegurarse la captación de rentas extraordinarias, la clase política ha delimitado una agenda de trabajo parlamentaria que no tiene, ni tendrá, como prioridad el tratamiento del ALCEUSA. Por ello, se torna bastante iluso pensar que el Congreso podría “darse un tiempo” para considerar reformas jurídicas encaminadas a proteger las capacidades de los poderes públicos para estructurar una gobernanza acorde a los intereses y necesidades de los pobres.

*. Debido a la heterogeneidad de las situaciones en las cuales los agentes económicos ecuatorianos están inmersos, debido a la “captura” de las instancias de representación gremial por parte de los grupos más alineados con la liberalización oligárquica, ni siquiera las fracciones empresariales potencialmente más afectadas por el ALCEUSA han logrado constituir, presentar e impulsar una oposición pública coherente, consistente y permanente al nuevo experimento liberalizador. Tampoco, el pequeño y mediano empresario agropecuario está movilizado en contra de dicho acuerdo.

*. En Ecuador, los partidos, organizaciones y movimientos contestatarios han perdido capacidad para mantener una agenda autónoma de transformaciones. En los hechos, coyuntura tras coyuntura, los elementos más progresistas de la clase política ecuatoriana sucumben ante el libreto de prioridades públicas delimitado mediante el contubernio entre los medios de comunicación y las elites empresariales. Por ello, durante el 2006, las organizaciones políticas de la centro izquierda ecuatoriana podrían muy fácilmente quedarse atrapadas en la confrontación relacionada con los procedimientos para el reparto de rentas, para la organización de elecciones y para la reforma de ciertas instituciones.

*. Los sectores de la sociedad civil ecuatoriana más desorganizados, menos politizados y más empobrecidos aprecian al ALCEUSA desde la indiferencia emanada del desconocimiento de sus implicaciones concretas, desde la esperanza de bienestar alimentada por las privaciones e, incluso, desde el optimismo resultante de la influencia de los discursos hegemónicos. Lamentablemente, estos sectores son mayoritarios. Ignorar esta circunstancia sería, simplemente, engañarse.

Una vez efectuadas estas acotaciones, cuyo propósito es incentivarnos a soñar con “otros mundos posibles” pero pisando bien sobre la tierra, a continuación, utilizando como fuente de inspiración a “la visión del agua desde abajo y para los de abajo”, derivada del proceso analítico, político y organizativo desatado por el Foro de los Recursos Hídrico (Camaren 2003 y 2005), se pueden discriminar cuatro ámbitos para la configuración de alternativas populares, a saber, la transnacionalización de la lucha por el agua, la vigilancia a la participación privada en agua y saneamiento, la incidencia en las reformas a la gobernanza ambiental y la creación de una gran alianza por la tierra y el agua. Veamos.

5.1-. La exclusión del agua de las disciplinas económicas internacionales

A partir del 2007, el nuevo gobierno ecuatoriano deberá afrontar la administración de los desencantos generados por el ALCEUSA. Posiblemente, para contender los descontentos

de los productores agropecuarios, el gobierno utilizará mecanismos “ad hoc” para conceder prebendas especiales a favor de los grupos con mayor capacidad de presión. No obstante, esta forma tradicional de ejercicio del poder político no bastará para satisfacer a todos y en todas sus aspiraciones. Por ello, se torna previsible esperar el surgimiento paulatino de una “opinión pública” favorable a la renegociación del acuerdo comercial con Estados Unidos.

Conforme esta alternativa comience a ser legitimarse como una opción viable, sin embargo, las elites empresariales ecuatorianas buscarán reproducir la lógica de la economía política de las negociaciones comerciales previas. Una vez más, los gobiernos ecuatorianos estarán preocupados primordialmente por eliminar las barreras arancelarias y no arancelarias estadounidenses a los productos “más competitivos”, por ampliar las salvaguardias y los plazos de desgravación para los bienes agropecuarios que compiten con las importaciones desde Estados Unidos o por aminorar la competencia estadounidense a los técnicos de alto nivel agremiados en colegios profesionales. Por sí mismas, aquellas elites no buscarán introducir enmiendas encaminadas a garantizar una mayor autonomía para la gobernanza doméstica del agua. Sus reducidos márgenes de maniobra en una negociación con Estados Unidos, les obligarán a privilegiar la renegociación de aquellos aspectos más directamente vinculados con la promoción de sus intereses más inmediatos.

Solo la organización, movilización y presión de los consumidores y productores populares podría crear los “incentivos adecuados” para que la clase política ecuatoriana se vea obligada a conferir prioridad a las consideraciones ambientales en los procesos de negociación económica internacional. A mediano y largo plazo, en la medida en que logre constituirse una amplia coalición de los grupos sociales “menos favorecidos” por la liberalización comercial, se podría proponer una renegociación dirigida a excluir al sector hídrico de la aplicación de las disposiciones sobre: inversiones, compras públicas, acceso a mercados, trato nacional, expropiación, requisitos de desempeño, estándares técnicos, limitaciones cuantitativas, restricciones al uso de licencias, concesiones y permisos, limitaciones al tipo de empresa proveedora de servicios, limitaciones al otorgamiento de preferencias o derechos especiales a las empresas o proveedores comunitarios, limitaciones al número de proveedores de servicios o al valor de los servicios proporcionados, y restricciones al valor total de las transacciones o al número total de las operaciones realizadas por las empresas. Proponiendo una reformulación del ALCEUSA dirigida en estas direcciones, se podría garantizar que el derecho al agua no pueda ser violentado por satisfacer las expectativas de ganancia de un inversionista.

Para concretizar estas alternativas, empero, se requerirá simultáneamente que los gobiernos ecuatorianos adopten una posición diferente en las negociaciones multilaterales. Ninguna reforma a las normas e instituciones ecuatorianas, o ninguna enmienda al ALCEUSA, podrá implementarse si Ecuador no cambia los compromisos previamente adquiridos al interior de la OMC y del GATS. Y esto no podrá hacerlo actuando de manera unilateral. Para corregir los entuertos creados por el ALCEUSA, los productores y consumidores ecuatorianos deberán “transnacionalizar” también sus formas de organización, movilización, protesta y propuesta. Si se forjan alianzas estratégicas con las sociedades civiles de los países andinos, se podrían crear incentivos para que los gobiernos de la subregión actúen efectivamente como un solo bloque en la Ronda de Doha.

Si así sucediese, paulatinamente, se crearían mejores condiciones para que los países no desarrollados puedan: impedir la liberalización del comercio transfronterizo de agua cruda en grandes cantidades; proponer una definición multilateral de “bienes y servicios ambientales” que no incluya a los bienes y servicios proporcionados por los ecosistemas; y eliminar las normativas que les obligan a los gobiernos nacionales y subnacionales a proporcionar bienes y servicios públicos en términos comerciales.

En suma, la transnacionalización de la lucha social ecuatoriana deviene en una necesidad frente al efecto de “candado” para las políticas públicas creado por la interconexión entre los compromisos bilaterales, regionales y multilaterales. Actuando sobre las condiciones de posibilidad disponibles en cada coyuntura, nuestra “guerra por el agua” debe apuntar hacia abstraer a los servicios hídricos de las disciplinas comerciales.

5.2.- La vigilancia a la participación privada en agua y saneamiento

En Ecuador, la colusión entre las oligarquías domésticas, las empresas transnacionales y las instituciones multilaterales ha creado un marco jurídico e institucional que favorece: la transferencia de los derechos de uso de los recursos hídricos hacia los agentes económicos con mayor poder relativo; la reproducción de estructuras no competitivas en los mercados domésticos de factores, bienes y servicios; la socialización de las pérdidas del sector privado mediante la utilización de recursos públicos; el aumento en la asimetría de la información y las capacidades entre comunidad, gobierno y sector privado; la captura de los reguladores antes, durante y después de las concesiones de servicios; la implementación de contratos que les permiten a las empresas privadas eludir la provisión de servicios en las áreas geográficas y estratos sociales “no rentables”; y la utilización de la “asistencia basada en resultados” como un mecanismo para promover la participación privada en la provisión de servicios básicos a nivel de los gobiernos municipales.

Debido a estos u otros factores similares, en Ecuador, las políticas e iniciativas públicas suelen devenir fácilmente en mecanismos para facilitar la acumulación privada y entorpecer la provisión de bienes públicos. Por ello, los ciudadanos deberían impulsar reformas institucionales y jurídicas encaminadas a:

- (a). suprimir todos los cuerpos jurídicos que permitan cualquier forma de transferencia de ingresos públicos a las empresas privadas;
- (b). impedir la utilización de recursos públicos para el financiamiento de los costos de la preparación, implementación y mantenimiento de la participación privada;
- (c). controlar el carácter “naturalmente” monopólico de la provisión de servicios de agua y saneamiento, evitando las concesiones de larga duración;
- (d). garantizar la participación de las entidades ambientales nacionales en las decisiones relacionadas con la participación privada a nivel local y provincial;

- (e). asegurar una mayor autonomía de las políticas evitando los “condicionamientos cruzados” de las instituciones multilaterales y las agencias de cooperación;
- (f). implementar evaluaciones de la participación privada atentas a las externalidades ambientales, a la diferenciación socio-económica y a la emergencia de conflictos.
- (g). impedir asignaciones de agua que discriminen a los consumidores rurales, agrícolas y domésticos;
- (h). fomentar una gobernanza de los recursos hídricos basada efectivamente en una participación ciudadana informada;
- (i). mantener los subsidios mientras las condiciones macroeconómicas sean contrarias al acceso al agua por parte de las familias de bajos ingresos y de los productores campesinos.
- (j). asegurar que la representación de los intereses del sector público y de la sociedad civil sea mayoritaria en los programas, proyectos, empresas o asociaciones público-privadas;
- (k). garantizar la presencia campesina e indígena en cualquier proyecto que vincule la oferta hídrica para las ciudades con la conservación de áreas rurales generadoras de agua;
- (l). impedir la creación de sistemas de pagos por servicios ecosistémicos mientras no existan estudios adecuados sobre sus implicaciones sociales y ambientales;
- (m). garantizar el financiamiento de las empresas públicas de servicios utilizando fondos anticíclicos generados con los ingresos petroleros y no petroleros del gobierno central; y,
- (n). penalizar todas las prácticas empresariales encaminadas a capturar al Estado, a producir mercados no contestables y a atentar contra la sostenibilidad de las instituciones públicas.

Adicionalmente, para evitar mayores perjuicios a los pobres a partir de las actuales o futuras concesiones de servicios de agua potable, las organizaciones populares deberán presionar para que los contratos de participación privada no incluyan disposiciones para:

- (a). obligar a las instituciones públicas a compensar a las empresas privadas por aquellas inversiones realizadas que no pudieron ser recuperadas mediante los ingresos por tarifas;
- (b). definir los objetivos de las políticas tarifarias en función de la eliminación de subsidios cruzados;
- (c). aumentar los ingresos de la empresa concesionaria mediante las contribuciones tributarias de los ecuatorianos;
- (d). utilizar mecanismos discrecionales, poco transparentes y no concertados para la revisión de tarifas;
- (e). fijar criterios laxos o “renegociables” para la localización de las nuevas conexiones;

- (f). permitir a las empresas concesionarias definir sus propios criterios de desempeño para la provisión de servicios;
- (g). desautorizar a las instituciones y leyes domésticas mediante la estipulación de un arbitraje internacional; y
- (h). vincular el financiamiento de las agendas reguladoras a los ingresos obtenibles por la concesionaria.

5.3-. Una mayor incidencia en las reformas a la gobernanza ambiental

Los consumidores y productores ecuatorianos deberán concentrar sus capacidades analíticas, organizativas y políticas en la detección de todas aquellas propuestas de política pública, reforma legal y cambio institucional relacionadas con:

- (a). la regulación de las externalidades generadas por las actividades de extracción de recursos naturales y exportación de bienes primarios;
- (b). la mercantilización de los bienes y servicios proporcionados por los ecosistemas;
- (c). el ordenamiento territorial, la gestión de tierras baldías, el manejo de páramos, la titularización de predios agrícolas y el fomento de mercados de tierras;
- (d). la definición de los territorios ancestrales y la reglamentación de los derechos de los pueblos indígenas;
- (e). las transformaciones a las formas jurídicas de organización comunitaria y cooperativa;
- (f). el fomento de las exportaciones de “alto valor” y de la productividad del agua;
- (g). las exenciones tributarias, condonaciones de deudas y otorgamiento de subsidios para los sectores empresariales;
- (h). las ampliación de las facultades del presidente de la república para modificar normas e instituciones ambientales;
- (i). la concesión de tierras para la conservación de servicios ecosistémicos mediante fondos con participación privada o asociaciones público-privadas; y
- (k). el otorgamiento de derechos de bioprospección en ecosistemas sensibles y áreas protegidas.

En todos estos ámbitos, se pueden crear nuevas normativas e instituciones para fortalecer un modelo de crecimiento basado en: la explotación intensiva de recursos naturales; la

perpetuación de la inequidad en la distribución de los activos naturales; la introducción de los ecosistemas frágiles a una lógica de mercado; la participación privada transnacional en la gobernanza ambiental; el mantenimiento de “corporaciones de desarrollo” capturadas por las oligarquías locales; la reducción de la participación de la sociedad civil en la elaboración de políticas públicas; la reducción del papel del Estado como regulador y proveedor de bienes públicos, y el relajamiento de los compromisos internacionales ambientales adquiridos por Ecuador.

Para poder implementar cambios favorables a sus procesos de acumulación, justificándose en la necesidad de modernizar los marcos normativos e institucionales, los agentes oligopólicos y sus aliados en la clase política intentarán consolidar nuevas definiciones jurídicas sobre "propiedad agraria", "posesión de buena fe", “ociosidad de la tierra”, “función económico-social de los recursos naturales”, “bienes y servicios ambientales” y “derechos de agua”. En el futuro abierto por el ALCEUSA, estos serán los principales frentes de lucha en la disputa social por el control de los recursos hídricos.

5.4-. Hacia una gran alianza por la tierra y el agua

En Ecuador, la concesión de agua para uso agrícola está normativamente vinculada a la extensión de las unidades productivas rurales. Por ello, los campesinos e indígenas están inmersos en un proceso de exclusión con respecto al agua y con respecto a la tierra. Justamente por las características del marco jurídico imperante, se avizoran las condiciones políticas necesarias para crear una “Alianza Tierra y Agua” centrada en la movilización de los productores y familias rurales en torno a sus derechos al agua como activo productivo. Si bien el Foro de los Recursos Hídricos ha desempeñado un papel fundamental en la reactivación de la discusión popular sobre la cuestión agraria, el carácter acotado de su misión podría convertirse en un limitante para potenciar la resistencia social a los proyectos hegemónicos nacionales y transnacionales. Ya es hora de pasar a la conformación de un Foro Agrario, buscando así “recampesinizar” al movimiento indígena ecuatoriano.

A su vez, se requiere fomentar un cuestionamiento más sistemático a las represas como expresión del poder agroexportador. Dado que Ecuador es un país fragmentado en múltiples escenarios socio-ambientales, los conflictos adquieren matices bastante específicos según la región geográfica. En la costa ecuatoriana, desde décadas atrás, la disputa por el agua ha estado visible y notoriamente asociada a, por un lado, la expansión de la frontera agrícola controlada por los sectores empresariales dedicados a la producción de bienes primarios para exportación y, por el otro, la extracción de recursos hídricos para satisfacer las necesidades de la ciudad de Guayaquil. En cualquiera de estas dos modalidades de conflictividad, la oligarquía guayaquileña ha ejercido su poder con sobradas manifestaciones de abuso, prepotencia y atropello a los pobres urbanos y rurales.

Silenciosa pero permanentemente, se están generando acciones populares para defenderse de las consecuencias de la construcción de infraestructura para beneficiar a los sectores empresariales guayasenses. En la cuenca del Baba, miles de personas están expuestas a los devastadores efectos de los nuevos proyectos oligárquicos. Sin embargo, a pesar de que las

comunidades de la nación Tsáchila están involucradas en el conflicto, las luchas de las distintas organizaciones populares afectadas no han recibido suficiente apoyo por parte de las plataformas organizativas nacionales con mayor visibilidad pública. Esta situación debe enmendarse porque, en los conflictos socio-ambientales de la costa, se está cuestionando el modelo agroexportador favorecido por el ALCEUSA.

Finalmente, la lucha por el derecho al agua debe prestar atención a las propuestas relacionadas con el establecimiento de corredores biológicos y con la creación de fondos municipales para el manejo de cuencas. A juzgar por las características de los proyectos impulsados desde las organizaciones no gubernamentales transnacionales y las instituciones multilaterales, estas “nuevas opciones de gestión” podrían amplificar la exclusión hídrica de los consumidores y productores con menor capacidad de organización y presión política pues tales iniciativas intentan transferir recursos hídricos desde el campo hacia la ciudad y, también, desde otras provincias hacia la capital del país.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Benitah, Marc

(2005). Subsidies, Services and Sustainable Development. ICTSD

Camaren

(2003). Conclusiones, propuestas y acuerdos, en Foro de los Recursos Hídricos: Segundo Encuentro Nacional, Quito

(2005). Foro de los Recursos Hídricos. Tercer encuentro nacional. Documentos de Discusión.

Comunidad Andina de Naciones (CAN)

(1991). Decisión 292. Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas.

(1991a). Decisión 291. Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías. Lima.

Cosbey, Aaron.

(2004). Inversiones y desarrollo sustentable. Una guía referente a la utilización actual y al futuro potencial de los acuerdos internacionales sobre inversiones. IISD.

Espinoza Cañizares, Cristian.

(2005). Presentación del señor viceministro de Comercio Exterior del Ecuador, Dr. Cristian Espinoza Cañizares, con las respuestas a las preguntas formuladas por los países miembros. Examen de políticas comerciales del Ecuador en la OMC, Ginebra, 17 de junio.

Gómez, María Augusta

(2005). Ponencia presentada en el Taller andino sobre negociaciones en bienes y servicios ambientales en el contexto regional y multilateral. Secretaría de la CAN, 12 y 13 de Abril, Lima, Perú.

Guerrero Cazar, Fernando.

(2003). El poder de la comunidad. Ajuste estructural y movimiento indígena en los Andes ecuatorianos. Clacso, Buenos Aires.

Landell-Mills, Natasha.

(2002). ¿Bala de plata u oro de tontos?. Revisión global de mercados para servicios ambientales del bosque y sus impactos sobre los pobres. IISD.

Minuche, Myrna.

(2005) Lo que debemos saber sobre el TLC. Asociación Ecuatoriana de Ingeniería Sanitaria y Ambiental (AEISA).

Mann, Howard.

(2003) Who Owns “Your” Water?. Reclaiming Water as a Public Good Under International Trade and Investment Law. IISD.

(2005) A Southern Agenda on Investment? Promoting Development with Balanced Rights and Obligations for Investors, Host States and Home States.

Montalvo Ramiro

(2003). Sector Ambiental: informe final de diagnóstico. Fundación HLS, USAI, Fundación Lexis.

(2004) Ley Sustitutiva de la Ley de Gestión Ambiental. Fundación HLS, USAI, Fundación Lexis.

Morales, Manuel

(2004). Propuesta de Código Agrario Fundación HLS, USAI, Fundación Lexis.

Office of the United States Trade Representative (USTR)

(2004). U.S.-Andean Free Trade Agreement. Confidential.

(2004a) The Central America-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement (CAFTA). Final Text.

(2005). Interim Environmental Review U.S.-Andean Free Trade Agreement. February.

Organización Mundial del Comercio (OMC)

(2005) Ecuador: examen de las políticas comerciales. Informe de la Secretaría.

Peterson, Luke Eric

(2004). Bilateral investment treaties and development policy-making. IISD.

Proyecto Hacia La Seguridad (HLS)

(2003) Catálogo de leyes, decretos legislativos, decretos supremos, decretos leyes de emergencia y codificaciones, vigentes a septiembre del 2003. Fundación HLS, USAI, Fundación Lexis. Proyecto Hacia La Seguridad (HLS)

(2004) Informe final. Proyecto Hacia La Seguridad. Fundación HLS, USAI, Fundación Lexis. Proyecto Hacia La Seguridad (HLS)

(2004a). Proyecto de Ley que deroga 2196 normas primarias. Fundación HLS, USAI, Fundación Lexis.

Public Citizen

(2005) NAFTA Chapter 11 Investor-State Cases. Lessons for the Central America Free Trade Agreement. Public Citizen.

República del Ecuador

(1997). Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección de inversiones

Rivera Santana, Hugo.

(2005). DR-CAFTA: Capítulo 17: medio ambiente. Presentación efectuada en el Taller regional para América Latina y Caribe UNCTAD-PNUMA, Santo Domingo, República Dominicana, 21-22 de Julio. UNCTAD-PNUMA.

Terán, Juan Fernando.

(2005). La sequedad del ajuste. Implicaciones de la gobernanza global del agua para la seguridad humana en Ecuador. CEN, Quito.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)

(2001) Investment Policy Review Ecuador. Geneva

(2003) World Investment Report 2003. FDI policies for development: national and international perspectives.